القواعد الفقهية

بسم الله الرحمن الرحیم

القواعد الفقهيه

کاتب:

محمد الفاضل اللنکرانی

نشرت فی الطباعة:

مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام

رقمی الناشر:

مرکز القائمیة باصفهان للتحریات الکمبیوتریة

الفهرس

القواعد الفقهيه

اشارة

سرشناسه : فاضل لنکرانی، محمد، ۱۳۱۰ - ۱۳۸۶.
عنوان و نام پدیدآور : القواعد الفقهیه/ تالیف محمد الفاضل‌اللنکرانی.
وضعیت ویراست : ویراست؟
مشخصات نشر : قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (ع)، ۱۴۳۴ ق= ۱۳۹۲.
مشخصات ظاهری : ۵۹۲ص.
شابک : ۳۰۰۰۰ ریال۴-۷۳-۵۶۹۴-۶۰۰-۹۷۸ :
وضعیت فهرست نویسی : فیپا
یادداشت : عربی.
یادداشت : چاپ چهارم.
یادداشت : کتابنامه.
موضوع : اصول فقه شیعه
رده بندی کنگره : BP۱۵۹/۸/ف۱۸ق۹ ۱۳۹۲
رده بندی دیویی : ۲۹۷/۳۱۲
شماره کتابشناسی ملی : ۳۴۰۷۶۶۰

[المقدمة]

اشارة

بِسْمِ اللّهِ الرَّحْمنِ الرَّحِيمِ
الحمد للّه الذى نور قلوبنا بأنوار العلوم و المعارف و بصّر أفهامنا بالتدبر فى الأحكام الدينية و المعالم و هدانا إلى أشرف العلوم الإلهيّة و الصلاة و السلام على أشرف الأنبياء و المرسلين و على آله الطيبين المنتجبين.
و بعد فإن من نافلة القول التأكيد على أهمية علم الفقه و مكانته الرفيعة بين العلوم المختلفة، و لا شكّ فى أنّ للقواعد الفقهية و هى تشكل كليات يطبّقها الفقيه على جزئياتها الدور الكبير فى اشتمال علم الفقه على هذه الأهمية.
و الجدير بالذكر أن هذه القواعد الفقهية لم تتناولها أقلام الفقهاء و المحققين بالدراسة و البحث المستوعبين، من هنا فلا بدّ لنا من أجل تنقيح و إيضاح قاعدة فقهية ما بشكل كامل، تتبع و استقراء جزئياتها المبثوثة فى الأبواب المختلفة للفقه.
القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۸
و نحن فى هذا المجال نتعرض بشكل إجمالى إلى بعض البحوث التى ترتبط بهذه القواعد.

كلمة «القاعدة» لغوياً:

هذه الكلمة من حيث اللغة موضوعة لما هو الأساس لشيء سواء أ كان ماديّاً أو معنوياً، على نحو ينعدم الشيء و يضمحل بسبب انتفائه

فالبیت مثلًا ینعدم بانعدام أساسه و الدین یندرس باندراس أساسه و العلم ینتفی بانتفاء القواعد الکلیة الموجودة فیه. قال ابن منظور «۱»: «و القاعدة أصل الأُسّ و القواعد الأساس و قواعد البیت أساسُه و فی التنزیل وَ إِذْ یَرْفَعُ إِبْراهِیمُ الْقَواعِدَ مِنَ الْبَیْتِ وَ إِسْماعِیلُ، و فیه فَأَتَی اللَّهُ بُنْیانَهُمْ مِنَ الْقَواعِدِ. قال الزجاج: القواعد أساطین البناء الّتی تعمده و قواعد الهودج خشبات أربع معترضة فی أسفله ترکب عیدان الهودج فیها».

و أما بحسب الاصطلاح: فهی قضیة کلیة منطبقة علی جمیع جزئیاتها.

قال التهانوی: «هی تطلق علی معان ترادف الأصل و القانون و المسألة و الضابط و المقصد و عرفت بأنها أمر کلی منطبق علی جمیع جزئیاته عند تعرف أحکامها منه» «۲».

من هنا فیشترط فی کلمة «القاعدة» المستعملة فی العلوم الرائجة أن تکون قضیة کلّیة أو غالبیة، و لا یعتبر ان تکون أساساً للعلم علی نحو ینتفی بانتفائها فمثلًا لو انتفت قاعدةٌ واحدةٌ من قواعد الفقه أو النحو أو الرجال

---

(۱) لسان العرب ۳: ۳۶۱.

(۲) کشاف اصطلاحات الفنون ۵: ۱۱۷۷ ۱۱۷۶.

القواعد الفقهیة (للفاضل)، ص: ۹

أو غیرها لم ینتفِ العلمُ بانتفائها فتدبر!

ما المقصود بالقاعدة الفقهیة؟

اشارة

اعلم انهم اختلفوا فی تعریف القاعدة الفقهیة و ذکروا لبیان حدودها کلمات کلها غیر خالیة عن الإیراد و الإجمال فهنا خلاف بین مدرسة الإمامیة و مدرسة العامة کما وقع الخلاف بین علماء کل واحد من المدرستین نفسیهما و لتنقیح البحث فیها و فی الأمور المتعلقة بها یجب الکلام علیها فی جهات:

الجهة الاولی: فی اعتبار الکلیة فیها و عدمه.

فقد وقع الخلاف بین العامة فی أن القاعدة الفقهیة هل تجب ان تکون کلیّة أم لا بل تکفی کونها أکثریة؟ فذهب الحموی الی الثانی فقال: ان القاعدة هی عند الفقهاء غیرها عند النحاة و الأُصولیین إذ هی حکم أکثری لا کلی، ینطبق علی أکثر جزئیاته لتعرف أحکامها «۱».

و وافقه بعض من المالکیة فقال أکثر قواعد الفقه أغلبیة «۲».

و ذهب بعض منهم إلی الأوّل فقال: هی أصول فقهیة کلیة فی نصوص موجزة دستوریة تتضمن أحکاماً تشریعیة عامة فی الحوادث الّتی تدخل تحت موضوعها «۳».

فالخلاف واقع بینهم فی الکلیة و عدمها و ذکروا أیضاً ان هذه النقطة

---

(۱) شرح الأشباه و النظائر ۱: ۲۲.

(۲) تهذیب الفروق تحت الفرق الثانی ۱: ۳۶.

(۳) المدخل الفقهی العام ۲: ۹۴۱.

القواعد الفقهیة (للفاضل)، ص: ۱۰

هی الجهة المائزة من أسباب الفروق و الاختلاف بین القواعد الفقهیة و القواعد الأُصولیة فهی کلیة دائماً بخلاف القواعد الفقهیة. هـذا و لکن لا یُری لهـذا الخلاف عین و لا اثر بین الإمامیـة، و السّر فی ذلک أنّ تقییـد القاعـدة الفقهیة بکونها غالبیة ناشـئةٌ عن عدم التـدبر فی مفهوم القاعـدة و الخلط بینه و بین الاسـتثناء فتخیّلوا ان الاسـتثناء فی قضـیة یخرجها عن کونها قاعـدة، مع انه لا یخرجها عن ذلک العنوان، نعم یخرجها عن الکلیـة و لکن هـذا غیر خروجها عن عنوان القاعـدة و الـذهاب الی کون القاعـدة الفقهیة أکثریة، فمثلًا قاعـدة المؤمنون عنـد شـروطهم قاعدة فقهیة مسلّمة و لها اسـتثناءات ذکرت فی مبحث الشـروط کعدم کون الشـرط مخالفاً للکتاب و السنّة و غیر ذلک. فلا بدّ من بیان تبیین معنی القاعدة و التدبر فی مدلولها و التحقیق أنها قضیة مشتملة علی جزئیات مشترکة فی عنوان واحد أو شیء واحد.

الجهة الثانیة: فی الفرق بین القاعدة الفقهیة و الضابط الفقهی.

فـذهب کثیرٌ من العامـة إلی أن القاعـدة الفقهیـة أعم من الضابـط الفقهی بمعنی انهـا لاـ تختص ببـاب واحـد من أبواب الفقه بخلاـف الضابط. قال ابن نجیم:

ان القاعدة تجمع فروعاً من أبواب شتیّٰ و الضابط یجمعها من باب واحد «۱».

و قد أیده السیوطی و أبو البقاء «۲».

(۱) الأشباه و النظائر، الفن الثانی: ۱۹۲.

(۲) الکلیات، فصل القاف فی القسم الرابع: ۴۸.

القواعد الفقهیة (للفاضل)، ص: ۱۱

و التحقیق عدم صحة هذا الفرق لانه متفرع علی تسلیم لزوم جریان القاعدة الفقهیة فی أکثر من باب واحد و هو غیر مسلِّم فإن القاعدة الفقهیـة لا یلزم ان تکون جامعـة للفروع من أبواب مختلفـة بل یکفی ان تکون جامعـة للفروع من باب واحد، و لذا قاعدة الإمکان مثلًا مختصة بباب الطهارة و لیست ضابطاً.

هذا و الحق ان بین الضابط الفقهی و القاعدة الفقهیة فرقا من وجهین:

الوجه الأوّل: ان الضابط الفقهی هو القضـیة الّتی ترد فی مقام بیان الملاک و الشـرائط لما هو الموضوع للحکم بینما القاعدة الفقهیة لا تکـون بصـدد بیـان الموضـوع أو المتعلق بـل امّـا ان تکون بصـدد بیـان حکم کلی أو بصـدد بیـان ملاـک کلی مرتبـط بالأحکـام لا الموضوعات کقاعدة ان العلل الشرعیة معرّفات و لتوضیح ذلک نذکر نماذج و أمثلة للضابط:

ألف: قد ذکر الفقهاء من جملة محرمات الإحرام و الحرم، الصید البرّی و قد اختلفوا فی المائز بین الحیوان البرّی و البحری و أنه ما هو الضابـط و الملاـک فی کون شـیء بریـاً أو بحریـاً فقـال المحقق فی الشـرائع: هو مـا یبیض و یفرخ فی المـاء لکن المسـتفاد من بعض الروایات «۱» و الکلمـات ان المعیـار فی الحیوان البحری هو العیش فی الماء و عـدم هلاکه فیه و قال والـدنا المحقق المعظم: و الـذی یقوی فی النظر ان ثبوت ضابطة شـرعیة تعبّدیة بالإضافة إلی عنوانی صـید البحر و صـید البر و لو بالإضافة إلی بعض مصادیقهما، علی خلاف ما هو المتفاهم منهما عند العرف و اللغة، مستبعد جدّاً «۲».

(۱) الوسائل، أبواب تروک الإحرام، الباب السابع، ح ۱.

(۲) تفصيل الشريعة فى شرح تحرير الوسيلة، كتاب الحج ۳: ۳۳۹.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۱۲

ب: ذهب الفقهاء إلى ان الضابط فى صحة الشرط مثلًا عدم كونه مخالفاً للكتاب و السنة فهذا ملاک لصحة الشرط و ضابط لها و ليس قاعدة فقهية بل القاعدة هى المؤمنون عند شروطهم.

ج: قد وقع الخلاف فى ضابط المثلية و القيمية فى مبحث الضمان و المراد من الضابط فيهما، بيان حقيقة المثلية و القيمية و شرائطيهما عند العرف أو الشرع و أما القاعدة الواردة فيه فهى لزوم كون الأداء فى المثلى بمثله و فى القيمى بقيمته.

د: فى مبحث القصاص قد وقع النزاع فى ضابط العمد و الخطأ فى القتل و القاعدة فيهما جواز القصاص فى العمد و الدية فى الخطاء.

ه: الضابط فى كون شىء عقداً أو إيقاعاً، عبادة أو معاملة، فقد ذكر الشهيد «۱» ان كل حكم شرعى يكون الغرض الأهم منه الآخرة يسمى عبادة و كل حكم شرعى يكون الغرض الأهم منه الدنيا يسمى معاملة.

و: الضابط فى الصغيرة و الكبيرة، فان قوله عليه السلام لا صغيرة مع الإصرار «۲»، ليس من القواعد الفقهية بل هو بيان لملاک الكبيرة و أيضاً قولهم كل ما توعد الشرع عليه بخصوصه فإنه كبيرة و كل معصية توجب الحد فإنها كبيرة.

ز: الضابط فى التعبدية و التوصلية و قد يسمى بالضابط الأُصولى.

فتلخص من جميع ذلک كله ان الضابط انما هو فى دائرة ذكر الملاک و الشرائط للموضوع أو المتعلق فقط بينما ان القاعدة الفقهية لا تكون بصدد

---

(۱) القواعد و الفوائد، الجلد الأول، قاعدة ۷: ۳۶.

(۲) الوسائل ۱۱: ۲۶۸.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۱۳

بيان شرائط الموضوع و إنما تكون بصدد بيان أحكام شرعية كلية.

الوجه الثانى: ان الضابط الفقهى لا يلزم ان يستند إلى الشارع و يؤخذ منه بل كثير من الضوابط المذكورة فى الفقه قد أخذت من العرف فراجع و تدبّر.

الجهة الثالثة: فى الفرق بين القاعدة الفقهيّة و النظرية الفقهية.

فذهب جمع من العامة الى عدم وجود الفرق بينهما، قال أبو زهرة فى كتابه المسمى بأُصول الفقه:

«القواعد الفقهية هى النظريات العامة الفقهية».

و لكن ذهب بعض آخر منهم إلى وجود الفرق بينهما فقالوا:

«ان النظرية العامة هى غير القاعدة الكلية فى الفقه الإسلامى فإن هذه هى بمثابة ضوابط بالنسبة إلى تلک النظريات .. و قد ترد قاعدة بين القواعد الفقهية ضابطاً خاصاً بناحية من نواحى تلک النظريات فقاعدة العبرة فى العقود للمقاصد و المعانى مثلًا ليست سوى ضابط فى ناحية مخصوصة من أصل نظرية العقد» «۱».

فيستفاد من عباراتهم ان الفرق بينهما فى نقطتين:

النقطة الاولى: ان القاعدة الفقهية متضمنة للحكم الشرعى الفقهى فى حد ذاتها بخلاف النظرية العامة فإنها غير متضمنة للحكم الفقهى كنظرية الملک و نظرية الفسخ.

النقطة الثانية: ان القاعدة الفقهية غير مشتملة على الأركان و الشرائط بخلاف النظرية العامة.

(۱) المدخل الفقهی العام ۱: ۲۳۵.

القواعد الفقهیة (للفاضل)، ص: ۱۴

هذا و الذی ینبغی ان یقال ان وجود الفرق بینهما أیضاً مما لا ینکر الّا ان الصحیح فی مقام الفرق ان یقال ان النظریة العامة هی المباحث المرتبطة ببعض الموضوعات الرائجة فی الأبواب المختلفة من الفقه و الدخیلة فی کثیر من الفروعات المتشتتة المتفرقة و تکون کالمبنی و الأساس للمباحث الأخر، کالبحث عن العرف و تعریفه و مدی دخالته فی الأحکام و البحث عن الحکم و حقیقته و أقسامه و البحث عن الملک و الفرق بینه و بین الحکم فالنظریة العامة مشتملة علی قضایا متشتتة و لیست قضیة واحدة بخلاف القاعدة الفقهیة و عمومیة النظریة باعتبار ارتباط الموضوع بأبواب مختلفة من جهة و بسعة البحث عن جمیع شئونه من جهة أخری فمثلًا نظریة الحکم لا یرتبط بباب واحد و لیست بقضیة واحدة بل یبحث فیها عن الحکم و شرائطه و القواعد المرتبطة به و الأقسام المتصوّرة فیه فإنهم لما رأوا ان لعنوان الحکم دخلًا أساسیاً فی کثیر من المباحث الفقهیة و الأُصولیة وجدوا من اللازم البحث عنه مستقلا و جمع الأُمور المرتبطة به فی بحث واحد و من هنا یتضح أن النظریة العامة لیست مختصة بالبحث عن عنوان بنظر الفقه و الفقیه بل یشمل ما إذا کان الموضوع دخیلًا فی علوم متعددة فإن البحث عن الحکم مرتبط بالفقه کما انه مرتبط بالأُصول و الکلام أیضاً.

تتمیم: قد تکون النظریة العامة مشتملة علی عدة قواعد من قواعد الفقه کنظریة العرف فإنها مشتملة علی قاعدة العادة محکمة و قاعدة استعمال الناس حجة یجب العمل به.

الجهة الرابعة: فی الفرق بین القاعدة الفقهیة و القاعدة الأُصولیة.

اشارة

و البحث فی هذه الجهة یقع فی مقامین:

القواعد الفقهیة (للفاضل)، ص: ۱۵

المقام الأوّل: فی الفرق بینهما بنظر العامة:

فقد ذکروا للفرق بینهما وجوهاً خمسة و أوّل من فرق بینهما علی ما قیل هو شهاب الدین القرافی فی کتابه المسمی بالفروق.

الوجه الأوّل: ان الموضوع فی القواعد الأُصولیة هو الأدلّة و الأحکام فإن القاعدة الأُصولیة حد وسط بین الأدلّة و الأحکام و یستفاد بها الأحکام من أدلّتها بینما ان الموضوع فی القواعد الفقهیة هو فعل المکلّف.

الوجه الثانی: ان القواعد الأُصولیة کلیة بخلاف القواعد الفقهیة فإنها غالبیة.

الوجه الثالث: ان القواعد الأُصولیة آلة لاستنباط الأحکام الشرعیة بخلاف القواعد الفقهیة فإنها عبارة عن حکم الجزئیات المتشابهة المشترکة فی علة واحدة.

الوجه الرابع: ان القواعد الفقهیة متأخّرة عن الفروع فی الوجود الذهنی و الواقعی لأنها جمع اشتات و ربط بینهما و أما القواعد الأُصولیة فإنها متقدمة علی الفروع لتوقف الاستنباط علیها.

الوجه الخامس: ان القواعد الأُصولیة أمور استنباطیة و الأحکام تستنبط منها بخلاف القواعد الفقهیة فإنها أمور تطبیقیة و الفروع مندرجة تحتها.

و یرد علی الأوّل ان الموضوع فی بعض القواعد الفقهیة لیس فعل المکلّف کقاعدة لا ضرر فان الموضوع فیه هو الحکم الضرری بناء

على تفسير المشهور.

و على الثانى: انا قلنا سابقاً ان الاستثناء فى القواعد الفقهية لا يدلّ

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۱۶

على الغالبية و لا ملازمة بين الاستثناء و بين كون القاعدة أغلبية.

المقام الثانى: فى الفرق بينهما بنظر الإمامية

فنقول يستفاد من كلمات الأصحاب رضوان اللّه تعالى عليهم وجوه شتى.

الوجه الأوّل: ما يستفاد من بعض كلمات الشيخ الأعظم «۱» و تبعه المحقّق النائينى «۲» من ان نتيجة المسألة الأُصولية نافعة للمجتهد فقط بخلاف القاعدة الفقهية فإنها نافعة للمقلّد أيضاً و بعبارة اخرى اعمال القاعدة الفقهية مشترك بين المجتهد و المقلّد.

و قد أورد عليه المحقّق الخوئى «۳»: بانا نسلّم كون النتيجة فى المسألة الأُصولية نافعة بحال المجتهد فقط و لكن لا نسلّم اشتراك النتيجة بين المجتهد و المقلّد فى القاعدة الفقهية فمثلًا ان قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده من أى طريق يعلم المقلّد ان البيع مثلًا من العقود الّتى يكون فى صحيحها الضمان و مثلًا قاعدة الصلح جائز بين المسلمين الّا ما خالف كتاب الله، فمن أى سبيل يتوجه المقلّد ان هذا الشرط هل هو موافق للكتاب أو مخالف له.

و الظاهر عدم ورود الإشكال لأن المقصود من كون النتيجة نافعة للمقلّد، انه قادر على التطبيق و معنى هذا ان المقلّد بعد السؤال و الفحص عن ان البيع من العقود الّتى يكون فى صحيحها الضمان، يقدر على تطبيق القاعدة و يحكم بان فى فاسدها أيضاً الضمان. و بعبارة اخرى انه قدّس سرّه يعتقد بان القواعد الفقهية من باب تطبيق المضامين و من الواضح ان التطبيق

---

(۱) فوائد الأُصول فى ابتداء بحث الاستصحاب.

(۲) فوائد الأُصول، الجزء الأوّل ص ۱۹ من طبع جماعة المدرسين.

(۳) المحاضرات ۱/ ۱۰.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۱۷

غير مختص بالمجتهد.

الوجه الثانى: ما ذكره المحقّق النائينى قدّس سرّه «۱» من ان القواعد الأُصولية متضمنة للأحكام الكلية الّتى لا ربط لها بالعمل بلا واسطة بخلاف القاعدة الفقهية فإنها و إن كانت قد تكون متضمنة للحكم الكلى الّا انها تصلح لاستفادة الأحكام الجزئية منها فى الموارد الجزئية فمثلًا قاعدة ما يضمن تكون صالحة لاستفادة الضمان منها فى البيع الشخصى المعين الفاسد و بعبارة اخرى ان الفرق بينهما من باب الفرق بين الكلية بمعنى عدم التعلق بالعمل بلا واسطة و الجزئية بمعنى التعلق بالعمل بلا واسطة.

و فيه: أن اللازم بيان الفرق بين القاعدة الأُصولية و الفقهية و ما ذكره من الجزئية شامل للمسألة الفقهية أيضاً و بعبارة اخرى لسنا فى مقام الفرق بين القاعدة الأُصولية و الفقهية فقط بل فى مقام الملاك لكون القاعدة فقهية و ما ذكره جار فى المسألة الفقهية مع انها ليست بقاعدة فقهية فتدبر! هذا مع تفسير الكلية و الجزئية بالمعنى الّذى ذكر على خلاف ما هو الظاهر منهما مضافاً إلى ان بعض المسائل الأُصولية قد تكون صالحاً للأحكام الجزئية كالاستصحاب فتأمّل.

الوجه الثالث: ما ذهب إليه المحقّق الخوئى قدّس سرّه «۲» من ان استفادة الأحكام الشرعية من المسألة الأُصولية يكون على نحو التوسيط و الاستنباط بخلاف القاعدة الفقهية فإن الأحكام الشرعية تستفاد منها على نحو التطبيق أى تطبيق الكلى على الجزئى.

---

(۱) فوائد الأصول، الجزء الأوّل ص ۱۹ من طبع جماعة المدرسين.

(۲) المحاضرات ۱/ ۸.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۱۸

و أشكل عليه الشهيد الصدر قدّس سرّه «۱» بإشكالين:

الإشكال الأوّل: ان مسألة الاستنباط موجودة فى بعض القواعد الفقهية و لا تختص بالقواعد الأُصولية و لم يذكر قدّس سرّه له مثالًا.

الإشكال الثانى: لو كان ملاك الفرق بينهما من هذه الجهة للزم ان يكون الخلاف بينهما ناشئاً من اختلاف كيفية طرح البحث فى قاعدة فمثلًا قاعدة ان النهى عن الشيء هل يقتضى الفساد لو طرحت بعنوان البحث عن الاقتضاء لكان البطلان مستنبطاً من الاقتضاء و أما لو صيغت بأنه هل العبادة المنهى عنها باطلة أم لا فتأتى مسئلة التطبيق، فهذا الإيراد يدلّنا على ان الفرق الجوهرى بينهما شيء آخر و الاستنباط و التطبيق يكونان من آثاره.

فتبيّن ان هذا الوجه أيضاً غير تام.

الوجه الرابع: ان القاعدة الأُصولية يتم الاستعانة بها فى جميع أبواب الفقه بخلاف القاعدة الفقهية.

و فيه: ان بعض القواعد الفقهية مرتبط بجميع أبواب الفقه فمثلًا قاعدة ان علل الشرع معرفات بناء على كونها قاعدة فقهية و أيضاً قاعدة لا ضرر تجرى فى العبادات و المعاملات و العقود و الإيقاعات نعم بعض القواعد الفقهية مختص بباب واحد.

الوجه الخامس: ما يستفاد من كلمات السيد المحقّق الإمام الخمينى قدّس سرّه «۲» من ان القواعد الأُصولية آلية بخلاف القاعدة الفقهية فإنها

(۱) بحوث فى علم الأُصول ۱/ ۲۲.

(۲) تهذيب الأُصول ج ۱.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۱۹

استقلالية.

و هذا الفرق متين جدّاً و لكن لا يستفاد منه الملاك فى كون القاعدة فقهية فتأمّل.

الوجه السادس: ان الاستنتاج فى القاعدة الأُصولية غير متوقّف على القاعدة الفقهية بخلافها فإنها متوقّفة على القاعدة الأُصولية «۱».

هذا و هنا فروق أيضاً بينهما من جهة المصدر و المدرك فيهما و سيأتى فى الجهة السابعة.

الجهة الخامسة: فى تقسيم القواعد الفقهية

فهنا تقسيمان:

التقسيم الأوّل: ما ذكره الشهيد الأوّل «۲» فإنه قسم القواعد الفقهية لا باعتبار كل باب بل باعتبار الموضوعات و إليك ما ذكره ملخصاً:

ألف: القواعد المرتبطة بالاجتهاد ب: القواعد الجارية فى المناكحات ج: القواعد الموجودة فى القضاء د: قواعد باب الجنايات ه: قواعد العبادات و: قواعد العقود ز: قواعد الإرث ح: قواعد الحدود ط: قواعد الديات

(۱) الأُصول العامة للفقه المقارن ص ۴۳.

(۲) القواعد و الفوائد.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۲۰

ى: قواعد القصاص فهذا التقسيم باعتبار الأبواب و الموضوعات و الظاهر انه لم يكن بصدد التقسيم الصناعى للقواعد الفقهيهٔ و إنما استقصى القواعد المختلفهٔ فى الأبواب المتعددهٔ و لا حظها و نظّمها باعتبار الموضوعات المختلفهٔ و بناء على ذلك لم تكن منحصرهٔ فيما ذكره بل كلما ازداد التتبع و الاستقصاء ازدادت القواعد و الموضوعات.

التقسيم الثانى: ما ذكره الشهيد الصدر قدّس سرّه «۱» فإنه قسمها إلى خمسهٔ أقسام:

القسم الأوّل: ما ليس بقاعدهٔ بمعناها الفنى كقاعدهٔ لا ضرر فإن القاعدهٔ متقومهٔ بشيئين الأوّل ان تكون أمراً كلياً و الثانى وجود نكتهٔ ثبوتيهٔ واحدهٔ ترجع إلى حقيقهٔ واحدهٔ و هى فى الأحكام الشرعيهٔ و القواعد المجعولهٔ الشرعيهٔ عبارهٔ عن وحدهٔ الجعل كقاعدهٔ على اليد و حجيّهٔ خبر الثقهٔ و فى المجعولات غير الشرعيهٔ كقاعدهٔ الملازمهٔ بين وجوب الشيء و وجوب ذيه عبارهٔ عن الوحدهٔ النفس الأمريهٔ امّا مثل قاعدهٔ لا ضرر فإنها مجموعهٔ من التشريعات العدميهٔ جمعت فى عبارهٔ واحدهٔ فبما انها غير راجعهٔ إلى نكتهٔ واحدهٔ و جعل واحد بل كلها فى عرض واحد فليست بقاعدهٔ بالمعنى الفنى لها و هذا نظير ان يقال كل حكم ثبت للرجل فى المعاملات فهو ثابت للمرأهٔ أيضاً فهو تجميع جعول متعددهٔ تحت تعبير ثانٍ.

القسم الثانى: ما يكون قاعدهٔ بمعناها الفنى مع دلالتها فى نفسها على حكم واقعى كلى مجعول بجعل واحد كقاعدهٔ ما يضمن الّتى ترجع إلى ضمان

---

(۱) بحوث فى علم الأُصول، الجزء الأوّل.

القواعد الفقهيهٔ (للفاضل)، ص: ۲۱

اليد فهى قاعدهٔ دالّهٔ على نكتهٔ ثبوتيهٔ واحدهٔ تدلّ بنفسها على الحكم الشرعى الواقعى و لا تكون طريقاً لا ثبات الحكم الشرعى و من هذه القاعدهٔ يستفاد الضمان فى البيع الفاسد فهو غير مجعول مستقلا بل حصهٔ من القاعدهٔ الكليهٔ و من هذا البيان يتضح ان القاعدهٔ الأُصوليهٔ تقع فى طريق إثبات الجعل الشرعى بخلاف القاعدهٔ الفقهيهٔ.

القسم الثالث: ما يكون قاعدهٔ مع دلالتها على الحكم الظاهرى و بها يحرز صغرى الحكم الشرعى كقاعدهٔ الفراغ فهذا القسم كالسابق لا يقع فى طريق إثبات الجعل الشرعى بل يقع فى طريق إثبات مصداق متعلّق الجعل.

القسم الرابع: ما يكون قاعدهٔ مع دلالتها على الحكم الظاهرى و بها نتوصّل إلى الحجهٔ على أصل الجعل كقاعدهٔ الطهارهٔ فى الشبهات الحكميّهٔ.

القسم الخامس: ما يكون قاعدهٔ فقهيهٔ استدلاليهٔ استند الفقيه إليها فى الاستنباط كقاعدهٔ ظهور الأمر بالغسل فى الإرشاد و إلى النجاسهٔ و الفرق بين القواعد الأُصوليهٔ و هذين القسمين من القواعد الفقهيهٔ عدم اختصاص القواعد الأُصوليهٔ بباب فقهى معيّن بخلافهما.

فهذا التقسيم مع قطع النظر عن بعض المناقشات الواردهٔ على بعض الأقسام، انما هو باعتبار الحكم الشرعى الّذى تدلّ عليه القاعدهٔ فالقاعدهٔ الفقهيهٔ اما ان تدلّ على الحكم الشرعى الواقعى أو تدلّ على الحكم الشرعى الظاهرى و أيضاً امّا ان تكون بنفسها دالّهٔ على الحكم الشرعى و أمّا ان تقع فى طريق إثبات الحكم الشرعى و أيضاً امّا ان لا تدلّ على الحكم الشرعى أصلًا بل تدلّ على نفى الحكم الشرعى كقاعدهٔ لا ضرر و لا جرح و قاعدهٔ الحدود تدرأ بالشبهات و بعض القواعد الفقهيهٔ فى مقام تبيين متعلّق الأحكام

القواعد الفقهيهٔ (للفاضل)، ص: ۲۲

و ليس فى دائرهٔ الأحكام نفياً و إثباتاً نظير كل ما توعد الشرع عليه بخصوصه فإنه كبيرهٔ فهذه القاعدهٔ فى مقام بيان تشخيص الذنب الكبير و نظير قاعدهٔ كل ما لم يرد فيه ديهٔ فى الشرع ففيه الحكومهٔ فتحصل ان القواعد الفقهيهٔ امّا ان تكون بصدد بيان متعلّق أو موضوعات الأحكام و أمّا ان تكون بصدد بيان الأحكام الكليهٔ نفياً أو إثباتاً، واقعيّهٔ أو ظاهريهٔ.

الجههٔ السادسهٔ: فى جريان القواعد الفقهيهٔ فى الشبهات الحكميهٔ و عدم جريانها.

فذهب السيد المحقّق الخوئى قدّس سرّه «۱» إلى عدم جريانها لكون النتائج فيها أحكاماً شخصية و قاعدة لا ضرر و لا جرح جزئيّة أيضاً من جهة جريانهما فى الضرر و الجرح الشخصيين لا النوعيين على ما هو التحقيق فى محله.

و لكن أورد عليه الشهيد الصدر قدّس سرّه ملاحظتين «۲»:

الملاحظة الأُولى: ما هو المراد من الشبهة الحكمية؟ ان كان المراد منها هو الشك فى المورد الّذى كان بيانه على عهدة الشارع سواء كان شاملًا لجميع المكلّفين أم لا، فمن الواضح ان البيان فى الضرر الشخصى أيضاً على عهدة الشارع و إن كان المراد منها هو الشك فى المورد الّذى كان بيانه على الشارع على نحو يشمل جميع المكلّفين فالضرر الشخصى و إن كان خارجاً منها الّا ان تفسير الشبهة الحكمية بهذا البيان يكون بلا وجه.

الملاحظة الثانية: ان المستفاد من بعض القواعد الفقهية هو الحكم

---

(۱) محاضرات فى أُصول الفقه، الجزء الأوّل ص ۱۰.

(۲) بحوث فى علم الأُصول، الجزء الأوّل.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۲۳

الكلى الشرعى على نحو يشمل جميع المكلّفين و الظاهر تمامية الإيرادين فالقواعد الفقهية كما تجرى فى الشبهات الموضوعية كقاعدة الفراغ و اليد و الحلية كذلك تجرى فى الشبهات الحكمية.

الجهة السابعة: فى مصادر القواعد الفقهية.

فاعلم أن المصدر فيها لا يتخلّف عن المصدر فى نفس المسائل الفقهية فبعضها مستفاد من القرآن الكريم كقاعدة لا حرج و نفى السبيل و قاعدة الإحسان و غيرها و بعضها مستفاد من السنة من عموم نصّ أو ظاهر رواية أو غيرهما و بعضها من الإجماع و العقل.

و قد يستفاد بعضها من القواعد الأُصولية كقاعدة مشروعية عبادات الصبى الّتى تستفاد من البحث الأُصولى أعنى ان الأمر بالأمر هل هو أمر بذلك الشيء أم لا؟ و هذا أيضاً من نقاط الافتراق بينهما بمعنى أن القاعدة الأُصولية تصلح لان تكون علة للقاعدة الفقهية و لا عكس فتتبّع و مع ذلك كله هناك قواعد مطروحة فى الفقه يستفاد منها ما يستفاد من سائر القواعد الفقهية و لكن الدليل فيها غير الدليل فى الأحكام الشرعية كقاعدة أن العلل الشرعية معرفات الّتى عبر عنها المحقّق الشريف القاسانى «۱» بعنوان القاعدة الفقهية و لا تدلّ بالمطابقة على حكم شرعى فقهى و أيضاً قاعدة انه لا اطراد فى العلل التشريعية و غيرهما و الظاهر ان دليل هذه القواعد و نظائرها بناء على كونها قاعدة فقهية، هو الاستقصاء فى المذاق الشرعى فى الموارد المختلفة فهى قواعد مصطادة فلا دليل نقلياً معينا عليها هذا و قد تبحث عن بعض القواعد فى الفقه و لكن لا بعنوان قاعدة فقهية بل كقاعدة كلية قابلة للانتفاع

---

(۱) تسهيل المسالك إلى المدارك فى رءوس القواعد الفقهية.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۲۴

بها فى جميع العلوم كقاعدة قبح ترجيح المرجوح الّتى هى قاعدة عقلية و قاعدة انه لا تجتمع علّتان مستقلّتان على معلول واحد فلا ينبغى جعلها من القواعد الفقهية كما فعله البعض.

و قد تنشأ بعض القواعد الفقهية من بعض آخر كقاعدة ما يضمن الّتى هى ناشئة من قاعدة الإقدام و قاعدة ضمان اليد و هذا أيضاً من نقاط التمايز بينها و بين المسائل الأُصولية فتدبّر.

و قـد يسـتفاد بعض القواعـد الفقهيـة من بعض القواعـد الكلاميـة كقاعدة ان الأحكام تابعة للمصالح و المفاسد بناء على كونها قاعدة فقهية فهى مستفادة من قاعدة ان أفعال اللّه تبارك و تعالى معلّلة بالأغراض «۱».

الجهة الثامنة: قد ادّعى الشهيد الأوّل رجوع جميع الأحكام الفقهية إلى القواعد الفقهية الخمسة

الأُولى: قاعـدة تبعيـة العمل للنيّة و الثانية: قاعدة المشـقة موجبة لليسر الّتى هى شاملة لقاعدة لا جرح و قاعدة يريد اللّه بكم اليُسر و لا يريـد بكم العُسر و قاعـدة البعثة بالحنيفيـة السـمحة السـهلة و قاعـدة لاـ ضـرر و لاـ ضـرار الثالثـة: قاعـدة اليقين و المراد منها فى نظره الاستصحاب الرابعة: الضـرر المنفى الخامسة: العادة و التحقيق عدم رجوع كثير من الأحكام إلى واحد من هذه القواعد الخمسة و هذا واضح لمن تتّبع الفقه.
ثمّ ان هذا الكتاب الشـريف يجمع بين دفتيه جملة من البحوث الّتى ألقاها على فضـلاء الحوزة العلمية فى قم المقدّسة سـماحة المرجع الـدينى الكبير آيـة اللّه العظمى الشـيخ محمـد الفاضـل اللنكرانى دامت بركـاته العاليـة استقصـى فيها البحث عن مجموعـة من القواعد الفقهية المهمة و قد تميز بحثه لها

---

(۱) كشف المراد فى شرح تجريد الاعتقاد ص ۱۶۹.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۲۵

بالاستيعاب و العمق و الوضوح.
و من ثمّ فقـد كانت محاضـراته الفقهيـة هذه مهوى أفئدة رواد العلم و عشاق الفضل و لأجل تعميم الفائدة و نزولًا على رغبة الأفاضـل فقـد أمر دام ظلّه بطبعهـا فكـان هـذا الكتـاب عيبـة علم و مجمع تحقيقٍ و منبعـاً فياضاً بالعطاء و شـجرة تؤتى أكلها كل حين، نسأل اللّه تعالى ان ينفع بها و إن يديم أيّام إفادات مؤلفها العامرةً أنه سميع مجيب.
و لا يسـعنى هنا إلّا أن أشـكر سـماحة حجـة الإسـلام الشـيخ محمد على الحائرى نسب الّذى قام بتخريج مصادر هذا الكتاب الشـريف جزاه اللّه خير الجزاء.
قم المقدسة ابن المؤلف محمد جواد الفاضل اللنكرانى ۱۵ رمضان المبارك ۱۴۱۵

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۲۷

بسم اللّه الرّحمن الرّحيم

الأوّل المقبوض بالسّوم،

فقـد حكموا فيه بالضـمان، مع ان وقوع المـال تحت يـد القـابض انّما هو بإذن المالك أو من بحكمه كما هو المفروض فى المقبوض بالسّوم.
و ربّما يجاب تارة بأن هـذه المسألة خلافية، و قد ذهب جمع الى عدم الضـمان معلّلًا بأنه أمانة مالكية، و أخرى بأنه يمكن ان يقال بأنه ليس القبض فيه بعنوان الامانة بل، بعنوان ان يكون عند اختيار القابض للاشتراء، مضـموناً عليه بالمسمّى، و بعبارة اخرى يكون قبضه و أخذه بعنوان المقدميّة للشـراء الذى يكون فيه الضـمان بالمسـمّى فهو، خارج عن الأمانة المالكيّة و الشرعية بالتخصص لا بالتخصيص، فلا تنخرم به القاعدة، لأنه خارج عن موضوع الأمانة.
أقول: لا خفاء فى بطلان الجواب الثانى؛ لأن الأخذ بعنوان المقدمية للشـراء، الذى يكون فيه الضـمان بالمسمّى، لا يوجب الخروج عن الأمانـة المالكية، بعد وضوح كون المال واقعاً تحت يده بإذن المالك، و كان الغرض منه انه على تقدير تعلق غرض القابض، و موافقة

شرائه لمصلحته، ان يتحقق منه الشراء، فالمقدميّة لا تقتضى إسراء حكم ذى المقدمة إليها،

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۴۰

خصوصاً بعد عدم ترتبه عليها أحياناً، لعدم موافقته لغرض القابض و عدم تحقق الاشتراء عقيبه.

فالحق ان يقال: ان مبنى الحكم فى المقبوض بالسّوم ان كان هو القاعدة، فهى تقتضى عدم الضمان؛ لأنه أمانة مالكية يجرى فيها ما يجرى فى سائر الموارد، و إن كان هو الدليل الخاص، فلا مانع منه على فرض تماميّته؛ لصلاحية أدلة عدم ضمان الأمين لورود التخصيص عليها و عدم ابائها عنه.

الثانى المقبوض بالعقد الفاسد،

فقد حكموا فيه بالضمان، و أجروه مجرى الغصب فى جميع الاحكام، الّا فى الإثم فى خصوص صورة الجهل بالفساد، مع ان القابض مأذون من قبل المالك، من دون فرق بين قبض الثمن بالإضافة إلى البائع، و المثمن بالنسبة إلى المشترى.

و الجواب عنه، أوّلًا: ان مورد القاعدة فى الأمانة المالكية ما إذا كان وقوع المال تحت يد الغير بإذن المالك مع حفظ كونه مالكاً، و إن الغير المأذون مأذون عن المالك و من قبله فى ان يكون ماله تحت يده، فالمفروض كون الآذن مالكاً و المأذون غير مالك، و أمّا القبض فى المقبوض بالعقد الفاسد، فإنّما يتحقق بتخيل كون القابض صار مالكاً بالعقد الواقع بينهما، ففى الحقيقة يكون تسليم المال من المثمن و الثمن، انّما هو باعتبار كونه مالكاً يستحق ملكه و ماله؛ ضرورة ان تسليم المبيع إلى المشترى من البائع، انّما هو باعتقاد صيرورته مالكاً للمبيع بالبيع الواقع بينهما، فليس من قبيل اذن المالك للغير و وقوع المال تحت يده مقروناً به، فلا تتحقق الأمانة المالكية، و هذا فى صورة الجهل بالفساد واضح، ضرورة انه مع

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۴۱

الجهل و اعتقاد صحة المعاملة لا يكون القبض و الإقباض الّا بتخيل تحقق الانتقال و حصول الملكية للقابض، و إن المال ماله، فبينه و بين الأمانة المالكية المفروضة فى القاعدة بون بعيد، و أمّا فى صورة العلم بالفساد و تحقق الإقباض معه فربما يقال: إن الإقباض من الغير اذن فى قبض مال المالك، مع حفظ مالكيته، فيكون ماله عند القابض أمانة مالكية، و لكن يمكن ان يقال: إنه فى هذه الصورة أيضاً لا تتحقق الأمانة، المالكية لأنّ الإقباض و لو مع العلم بالفساد إنّما يبتنى على عدم الاعتناء بالفساد، الذى حكم به الشارع، و بعبارة اخرى يحكم نفس البائع مثلًا بصحة المعاملة على خلاف الشارع، و يأذن فى القبض مبتيّاً عليه، و إلا لا يتحقق الجمع بين العلم بالفساد و بين الإقباض معه، فتدبّر.

و كيف كان فلا شبهة فى خروج صورة الجهل بالفساد و القبض معه عن الأمانة المالكية المبحوث عنها فى القاعدة.

و ثانياً: ان المفروض فى الأمانة المالكية و كذا الشرعية هو ان يكون وقوع المال تحت يد الغير مأذوناً فيه من دون ان يقع فى مقابله عوض، ففى الإجارة التى هى من موارد الأمانة المالكية، و إن كان قد وقع فى مقابل المنفعة عوض، الّا انه لم يقع فى مقابل العين التى تكون فى يد المستأجر بإذن الموجر شيء، و أمّا فى المقبوض بالعقد الفاسد فيكون اذن المعطى مقيّداً بالعوض و واقعاً فى مقابله، غاية الأمر انه حيث لم يمض الشارع العوض المسمّى؛ لفرض فساد المعاملة؛ يكون عليه العوض الواقعى من المثل أو القيمة فى صورة التلف، فالمقبوض بالعقد الفاسد خارج عن الأمانتين.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۴۲

الثالث المبيع التالف فى يد البائع قبل قبضه و بعد تحقق المعاملة الصحيحة،

فإنه مضمون على البائع، و إن كان بقاؤه فى يد البائع بإذن المشترى المالك له بمجرّد وقوع العقد.

و الجواب، ان الـدليل على الضـمان فيه هى الأخبـار الواردهٔ الدالـهٔ على انّ كـل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه، و قـد فهم منها المشهور باعتبار عـدم كونه من قبيل الضـمانات و تلف ملك الغير فى يـده، و إلا لو كان كـذلك لكان مقتضاه الضـمان الواقعى أى المثل أو القيمهٔ انفساخ العقد آناً ما قبل التلف، و رجوع كل واحد من العوضـين الى ملك مالكه الأوّل، فالتلف وقع فى ملك البائع، و عليه فلا يرتبط ذلك بالمقام بوجه.

و فى هـذه الاخبار احتمال آخر مـذكور فى محلّه، و لا بـد من البحث فى مفاد هـذه الاخبار الـذى هو قاعدهٔ فقهيهٔ مسـتقلهٔ إن شاء اللّه تعالى.

الرابع المال الباقى فى يد الغاصب بإذن المالك

فإنه حكم فيه بالضمان فى البقاء ايضاً، مع انّه مأذون فيه من قبل المالك على ما هو المفروض.

و الجواب: انه ان كان البقاء مأذوناً فيه حقيقهٔ من طرف المالك، بان كان الغاصب قد أراد تسليم العين المغصوبهٔ إلى المالك و جعلها فى اختيـاره، و مع ذلـك لم يقبـل المالـك، بـل جعلهـا امانـهٔ عنـده، فالحكم بالضـمان فيه ممنوع جـدّاً؛ لانه لا مجال له أصـلًا، و كون حدوث الوقوع تحت يد الغاصب بلا اذن لا يقتضى دوام الحكم و استمراره الى البقاء المغاير للحدوث، فى الاذن و عدمه.

و إن لم يكن البقـاء مأذوناً فيه حقيقـهٔ، بل كان مجرد رضاء المالك بالبقاء، فهـذا لا يقتضـى تحقق الأمانـهٔ المالكيـهٔ و لا رفع الضـمان بوجه أصلًا.

القواعد الفقهيهٔ (للفاضل)، ص: ۴۳

الخامس انهم حكموا بالضمان فى اللقطهٔ و مجهول المالک إذا تصدق به عن صاحبه،

ثمّ وجـد المالـك و لم يرض بالتصـدق، مـع ان أصـل يـده و كـذا التصـدق مـأذون فيه قبـل الشـارع، فكيف يجتمع ذلـك مع الحكم بالضمان.

و الجواب: وقوع الخلـط فى هـذا المورد؛ فانّ مورد القاعـدهٔ على ما عرفت هى صورهٔ التلف، و لا إشـكال فى انه مع تلف المال فى يد الملتقط و كذا مال مجهول المالك، لا يتحقق، به الضمان بوجه؛ لأنه أمانهٔ شرعيهٔ.

و أمّـا التصـدق الـذى هو بمنزلـهٔ إتلاـف مال الغير، فهو خارج عن مورد القاعـدهٔ، و الوجه فى الضـمان فيه مع كونه مأذوناً فيه من قبل الشارع، هو كون الاذن به مقيّـداً بـذلك بمعنى، ان الشارع لم يأذن بالتصـدق مطلقاً بل به مقيّـداً بالضـمان، مع وجدان المالك و عدم الرضا بالتصدّق.

السادس المأكول فى المخمصهٔ

فقد حكم فيه بالضمان مع ان الأكل كان مأذوناً فيه من قبل الشارع.

و الجواب: ما تقـدم فى الأمر الخامس من عدم شـمول القاعدهٔ لصورهٔ الإتلاف بوجه، و الأكل من مصاديق الإتلاف، و ثبوت الضـمان فيه مع كونه مأذوناً فيه من قبل الشارع انّما هو لأجل كون الاذن مقيّداً به كما فى التصدق فى الأمر الخامس.

فانقـدح من جميع ما ذكرنا عـدم انتقاض القاعدهٔ بمورد من هذه الموارد أصـلًا، و إن الموارد المتقدمهٔ التى تخيل النقض بها كلها غير مرتبطهٔ بها، و قد عرفت ايضاً انه لا مانع من تخصيص القاعدهٔ لو كان هناك دليل على التخصيص؛ لعدم ابائها عنه أصلًا.

القواعد الفقهيهٔ (للفاضل)، ص: ۴۵

فى اجتماع السبب و المباشر

لو اجتمع السبب و المباشر، فهل الضمان على الأوّل أو على الثانى أو على كليهما بالاشتراک، وجوه و احتمالات.

قال المحقق فى الشرائع «۱»: إذا اجتمع السبب و المباشر قدم المباشر فى الضمان على ذى السبب، كمن حفر بئراً فى ملک غيره عدواناً، فدفع غيره فيها إنساناً، فضمان ما يجنيه الدفع على الدّافع. و قد ادعى عدم الخلاف بل الإجماع عليه، بل ربما يقال: ان تقديم المباشر على السّبب عندهم من المسلّمات.

أقول: الظاهر وضوح تقديم المباشر فى الضمان على ذى السبب فى الفرع المذكور فى كلام المحقق، لظهور استناد الإتلاف فيه الى خصوص المباشر، و كون السبب من المعدّات التى لا توجب الضمان مع صدور الإتلاف من الفاعل المختار، و إلا كان صانع السيف ضامناً إذا قتل به

---

(۱) شرائع الإسلام ۳: ۱۸۶ الطبعة الجديدة.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۵۵

المباشر.

كما انه ربما ينعكس الأمر و يكون الاستناد إلى ذى السبب واضحاً بحيث لا مجال للاستناد الى المباشر، كما فى شاهدى الزور فى باب القتل، فان؛ القتل يستند إليهما غرماً لا الى الحاكم أو من يأتمر بأمره المباشر لصدور القتل كما لا يخفى، فاللازم فرض الكلام فى غير مثل هذين الموردين، فنقول: ذكر المحقق البجنوردى قدّس سرّه فى قواعده الفقهية «۱» فى هذه الجهة تفصيلًا خلاصته: انه إذا كان المباشر فاعلًا مختاراً عاقلًا و كان ملتفتاً الى ان عمله هذا يترتب عليه التلف، فلا شک فى اختصاصه بكونه ضامناً، و أمّا إذا لم يكن المباشر ذا ارادة و شعور، فالضمان على ذى السبب، كمن أجّج ناراً فى غير ملكه فنشرتها الريح، فأصابت النار مال غيره فاحترق، فالضمان على ذى السبب؛ لانه المتلف حقيقة، و أمّا ان كان عاقلًا مختاراً فى فعله، و لكنه لا يعلم بان فعله هذا يترتب عليه التلف، فان لم يكن مغروراً و لا- مكرهاً فالضمان على المباشر، لانه لا فرق فى جريان قاعدة الإتلاف بين صورة العلم بترتب التلف على فعله، و بين صورة عدم العلم، لان الموضوع للحكم بالضمان هو مطلق الإتلاف، و أمّا لو كان مغروراً كالممرّض الجاهل، فهو و إن كان ضامناً؛ لأجل قاعدة الإتلاف، لكنه يرجع الى الغارّ؛ لقاعدة الغرور، من دون فرق بين صورة علم الغار و صورة جهله. و أمّا إذا كان مكرهاً، فليس عليه ضمان إذا كان الإكراه فى غير الدّماء، فإذا أكره على الدفع فى البئر فمات، فان كان الدفع فى البئر من الأسباب العادية للموت، فالدافع ضامن، لانه لا تقية فى الدّماء، و إذا اكره

---

(۱) القواعد الفقهية للبجنوردى ۲: ۲۵.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۵۶

على إتلاف مال الغير فالضمان على المكره بالكسر لا على المكره بالفتح لان السبب هنا أقوى من المباشر، لان المباشر و إن كان فاعلًا و لكنه ليس بمختار، و لذلک نقول ببطلان معاملات المكره بالفتح و العرف و العقلاء ينسبون الفعل الى المكره بالكسر و يسندونه اليه، كما انه لو أمر المكره خدامه و غلمانه الذين يخافون من مخالفته بهدم دار شخص، لا ينسب هدم الدار عند العرف الّا الى ذلک المكره.

و هذا التفصيل و إن كان فى غاية المتانة، الّا ان الوجه لعدم ثبوت الضمان فى صورة الإكراه ليس ما افاده من عدم شمول قاعدة الإتلاف، و عدم استناده الى المكره بالفتح ضرورة ان شرب الخمر و لو كان عن إكراه لا يسند الّا الى الشارب المكره لا الى المكره، بحيث يترتب على إكراهه حدّ شرب الخمر، فالشارب هو المكره بالفتح لكن حديث رفع الإكراه بمقتضى حكومته على دليل الحرمة و

على دليل ترتب الحدّ، يرفع كلا الأمرين، و فى المقام ايضاً مقتضى قاعدة الإتلاف ثبوت الضمان على المكره المتلف، لكن دليل رفع الإكراه يرفع الحكم الوضعى كما يرفع الحكم التكليفى، و مما ذكرنا يظهر ان بطلان معاملات المكره ليس لأجل عدم صدور المعاملة منه، و عدم استناد المعاملة إليه، بل لأجل اعتبار طيب النفس فى المعاملة، و هو لا يجتمع مع الإكراه بوجه، كما ان اسناد هدم الدار الى المكره فى المثال ليس لأجل الإكراه، بل لأجل كون الخدام و الغلمان بمنزلة الآلات، فتدبّر. و لكن مقتضى ما ذكرنا فى الإكراه، عدم ثبوت الضمان عليه ايضاً؛ لعدم استناد الإتلاف إليه، فالمكره بالفتح لا يكون ضامناً، لاقتضاء حديث رفع الإكراه لعدم ضمانه و المكره بالكسر-

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۵۷

لا يكون ضامناً، لعدم استناد الإتلاف إليه بل هو فعل اختيارى صادر عن المكره، و إن كان صدوره لأجل الإكراه، و لا مجال لدعوى عدم تحقق الضمان فى صورة الإكراه أصلًا بعد تحقق إتلاف مال الغير و سببيته للضّمان، و لأجله يشكل الحكم فى باب الإكراه.

ثمّ انه لا بدّ فى توضيح هذا التفصيل من بيان ان مسألة شاهدى الزور التى حكم فيها بضمانهما مع كون المباشر للقتل هو الحاكم أو من يأتمر بأمره من الفاعل المختار، تكون من مصاديق الغرور، فقرار الضمان فيها على الغارّ و هو الشاهدان كما لا يخفى.

ثمّ انّ فى هذه المسألة و هى مسألة اجتماع السبب و المباشر فروعاً كثيرة مذكورة فى الكتب الفقهية، و قد وقع فى بعضها الاختلاف من جهة كون الضمان على السبب أو على المباشر و لا بأس بالتعرض لجملة منها:

فمنها انه قال فى الشرائع «۱»: لو ألقى صبيّاً فى مسبعة، أو حيواناً يضعف عن الفرار، ضمن لو قتله السّبع، و ذكر الصّبى بقرينة توصيف الحيوان بأنه يضعف عن الفرار، انّما هو لعدم قدرته على الفرار نوعاً لا لخصوصية فيه غير هذه الجهة، ضرورة انه لا فرق فى الحرّ بين الصغير و الكبير، و على ما ذكرنا فمنشأ الحكم بالضمان فى هذا الفرع هى قاعدة الإتلاف المبحوث عنها فى المقام، و نظر المحقق قده الى انّ الإتلاف، مع فرض ضعف الصبى و الحيوان عن الفرار و كون المباشر للقتل هو السبع الذى لا معنى لثبوت الضمان عليه يستند إلى الإنسان الملقى، فهو القاتل عن عمد و اختيار، و يترتب على عمله القصاص مع إلقاء الصبى، و ضمان القيمة مع إلقاء

---

(۱) شرائع الإسلام ۳: ۱۸۶.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۵۸

الحيوان، فمنشأ هذا الحكم هو اقوائية السبب من المباشر، و ثبوت الضمان على السّبب.

و منها ما ذكر فى الشرائع «۱» أيضاً من انه لو غصب شاة، فمات ولدها جوعاً، ففى الضمان تردّد، و كذا لو حبس مالك الماشية عن حراستها، فاتّفق تلفها، و كذا لو غصب دابة فتبعها الولد، و الفتاوى فيه مختلفة؛ فبعضهم يحكم بالضمان، و بعضهم يحكم بالعدم، و صاحب الشرائع يتردّد.

ربما يقال بعد انه لا- دليل على ضمان التسبيب بعنوانه-: انه لا بد من ملاحظة العناوين التى أخذت موضوعاً للحكم بالضمان فى الرّوايات المتقدمة، و هى ثلاثة:

أحدها: عنوان (كل شيء يضرّ بطريق المسلمين) و هذا العنوان غير متحقق فى شيء من هذه الموارد، الّا ان يقال: إنه لا خصوصية للطريق، بل المناط هو الإضرار بالمسلمين، و هو غير معلوم، خصوصاً مع الإضافة إلى المسلمين، و عدم اختصاص القاعدة بهم.

ثانيها: عنوان (من حفر بئراً فى الطريق أو فى ملك غيره) و هذا ايضاً غير متحقق فى المقام، الّا ان يقال: إنه لا خصوصية لحفر البئر، بل المراد إيجاد ما هو سبب تلف مال الغير فى العادة، مع وقوع التلف فعلًا و ترتبه على السّبب.

ثالثها: ما جعل موضوعاً للضمان من الأمور الخمسة فى خبر السكونى المتقدم، مثل إخراج الميزاب أو الكنيف، و يستظهر منه قاعدة كلية و هى: ان كل فعل صدر من فاعل عاقل مختار و كان سبباً فى العادة لوقوع

(۱) شرائع الإسلام ۳: ۱۸۶.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۵۹

تلف فى مال المسلمين أو فى أنفسهم، و لم يتوسط بين ذلک الفعل و التلف فعل فاعل عاقل عن عمد و اختيار، بحيث يكون التلف مستنداً اليه عند العرف و العقلاء، فهو اى فاعل السبب ضامن، و هذا استظهار لا قياس، و عليه يكون الحكم فى الموارد الثلاثة هو الضمان، الّا ان يناقش فى سند هذه الرواية؛ لاشتراک السكونى بين من هو موثوق به، ان كان المراد به إسماعيل بن مهران، و غير موثوق، ان كان المراد به هو إسماعيل بن ابى زياد؛ فإنه عامى.

أقول: الظاهر انّه لا اختلاف بين العنوان الثالث المذكور فى خبر السكونى و العنوان الأول؛ فإنّ الأمور الخمسة فى خبر السكونى مقيدة بالوقوع فى طريق المسلمين؛ ضرورة ان قوله: فى طريق المسلمين بعد الأمر الخامس متعلّق بجميع الأمور الخمسة، لا بخصوص الأمر الخامس، و عليه تتحد العنوانات، و قد اعترف بأنه لا مجال لنفى الخصوصية عن الطريق، خصوصاً بعد ما أضفنا إليه من الإضافة إلى المسلمين، و عدم اختصاص القاعدة بخصوصهم، فهذان العنوانان المتحدان لا ينطبقان على المقام بوجه.

و أمّا العنوان الثانى، فبعد عدم انطباقه بنفسه على المقام، لا بدّ فى الحكم بالضمان من التوسل بدعوى انه لا خصوصية لحفر البئر المذكور فى دليله و لا مجال لهذه الدعوى، امّا فى صورة حفر البئر فى الطريق، فلما عرفت من انّه لا وجه لإلغاء خصوصية الطريق، و أمّا فى صورة حفر البئر فى ملک الغير؛ فلانة لا وجه لإلغاء الخصوصية منه فإنه؛ لو فرض أن أوثق دابته فى ملک الغير فتحقق بسببه تلف مال أو نفس، هل يمكن

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۶۰

الالتزام بالضمان فيه؟ فالإنصاف ان فى الضمان فى المقام تردّداً كما فى الشرائع. الّا ان يقال بعدم اختصاص العناوين المأخوذة فى الروايات موضوعاً للحكم بالضمان بالعناوين الثلاثة المذكورة فى كلام القائل؛ فإنه حكم فيها بضمان مثل شاهدى الزور ايضاً، و يمكن ان يقال: إنه لا فرق بينهما و بين المقام؛ فكما ان شهادتهما صارت موجبة لقتل المشهود عليه، كذلک غصب الشاة مثلًا صار سبباً لموت ولدها، و عليه فيمكن استفادة الحكم بالضمان فى المقام ممّا ورد فى شاهدى الزور، فتدبّر.

و منها ما قاله فى الشرائع أيضاً من انه لو فكّ القيد عن الدّابة فشردت، أو عن العبد المجنون فأبق؛ ضمن، لانه فعل يقصد به الإتلاف، و كذا لو فتح قفصاً عن طائر فطار، مبادراً أو بعد مكث.

و لعلّ الوجه فى الضمان فيه أولويته من الضمان فى شاهدى الزور؛ فإنه قد تحقق فيه مباشرة القتل بفعل فاعل مختارٍ و لكن حكم فيه بضمان السبب، و فى مثل المقام لم يتوسط بين فک القيد و فتح القفص فعل فاعل عاقل عن عمد و اختيار، بل كان الفاعل حيواناً، خصوصاً إذا كان وحشيّاً أو عبداً مجنوناً، فالضمان فى المقام اولى.

و منها ما فى الشرائع «۱» أيضاً من انه لو فتح باباً على مال فسرق، أو أزال القيد عن عبد عاقل فأبق، و كذا لو دلّ السارق على مال فسرق، فلا ضمان فى الجميع. و حكى فى الجواهر «۲» عن العلامة فى الإرشاد القول بالضمان فيما لو دلّ السارق، و الظاهر انه لم يوافقه فيه أحد.

(۱) شرائع الإسلام ۳: ۱۸۷.

(۲) الجواهر ۳۷: ۶۷.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۶۱

و الوجه فى عدم الضمان عدم استناد السرقة فى المثالين، و كذا الإباق، الّا الى الفاعل العاقل المباشر عن عمد و اختيار، و لا يستندان

الى الفاتح و الدالّ و مزيل القيد بوجه، فلا مجال للحكم بالضمان بالإضافة إليهم.
ثمّ انّ فى الشرائع و كذا فى الجواهر فروعاً كثيرة أخرى يظهر حكمها ممّا تقدّم، هذا كلّه فيما إذا كان السّبب واحداً، و أمّا إذا كان السبب متعدداً فان كانا أو كانوا فى عرض واحد من دون ترتب و طوليّة، ففى موارد الحكم بضمان السبب يشتركان أو يشتركوا فى الضمان، فاذا حفر جماعة بئراً فى طريق المسلمين، فوقع فيها دابة مثلًا، يشتركون فى ضمانها، و إذا كان هناك ترتب و تقدم و تأخر، فمقتضى ثبوت الضمان على السبب ثبوته على أوّل السببين أو الأسباب لعين ما دلّ على ثبوته على أصل السّبب، فلو حفر زيد بئراً فى الطريق، و وضع عمرو حجراً على حافة تلك البئر، فشردت دابة بسبب ذلك الحجر و وقعت فى البئر، فالضمان على الحافر دون واضع الحجر، كما لا يخفى.
القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۶۳

الأوّل كونها من الأمارات الظنيّة القويّة،

التى بنى على حجيتها العقلاء من الملل كافة، سيّما القضاة و الحكام فى جميع الأقطار و الأمصار و الأعصار، و لم يردع عنها الشارع بل بنى على إمضائها، كما نشاهده فى باب الحدود و الديات و القصاص و القضاء و غيرها.
امّا بناء العقلاء على الاعتماد على إقرار العاقل، فلانة بعد فرض كون المقرّ عاقلًا، و العاقل لا يصدر منه ما لا يجتمع مع العقل لا بد و إن يكون الوجه لإقراره امّا بيان الواقع؛ لندمه على الخلاف الذى صدر عنه،
القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۶۴
كالسرقة و القتل و الغصب و أمثاله، أو تخفيف العذاب الأخروى كالزنا و شبهه، و قد وقع فى بعض الروايات الواردة فى مورد الإقرار بالزّنا التعبير به «طهّرنى» الدالّ على ان إقراره الموجب للحدّ انّما هو لأجل حصول الطّهارة و النظافة من القذارة المعنوية المتحققة بسبب الزّنا، فالداعى إلى الإقرار هو التخلص فى الجملة من العذاب الأخروى. نعم ربما يمكن ان يتحقق الإقرار من دون ان يكون لبيان الواقع أو التحذر من شدّة العذاب، بل يكون كذباً مخالفاً للواقع صادراً بداعى إظهار الشخصية أو الشجاعة مثلًا، و لكنه حيث يكون متصفاً بالشذوذ و قلّة الوجود، لا يمنع عن اعتماد العقلاء على الأقارير و لكن احتماله صار موجباً لكون الإقرار من الأمارات الظنّية؛ إذ بدونه يكون الإقرار موجباً للعلم بصحّة ما أقرّ به و صدقه، فهو اى احتمال الكذب و إن صار مانعاً عن تحقق العلم، الّا انه لم يصر مانعاً عن الاعتماد على الإقرار و نفوذه و جوازه، و لذلك ترى ان عمدة ما يعتمدون عليه فى المحاكم و فى باب المرافعات و فصل الخصومات و إجراء الاحكام و المقررات هو الإقرار الصّادر من المتهم، و لم يناقش فى هذا الاعتماد واحد منهم أصلًا. و أمّا عدم ردع الشارع و إمضاؤه فهو يظهر كما عرفت بملاحظة الكتب المختلفة من كتب الحديث المؤلفة للخاصة و العامّة، و لا شبهة فى الإمضاء بوجه.

الثانى الكتاب

كقوله تعالى أ أَقْرَرْتُمْ وَ أَخَذْتُمْ عَلى ذلِكُمْ إِصْرِى قالُوا أَقْرَرْنا قالَ فَاشْهَدُوا وَ أَنَا مَعَكُمْ مِنَ الشّاهِدِينَ «۱». و قوله تعالى

---

(۱) سورة آل عمران، آية ۸۱.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۶۵
وَ آخَرُونَ اعْتَرَفُوا بِذُنُوبِهِمْ خَلَطُوا عَمَلًا صالِحاً وَ آخَرَ سَيِّئاً «۱». و قوله تعالى كُونُوا قَوّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَداءَ لِلّهِ وَ لَوْ عَلى أَنْفُسِكُمْ «۲».
و أجيب عنها، امّا عن الآية الأولى فبأنه لا ربط لها بما هو محلّ البحث فى قاعدة إقرار العقلاء، لان اللّه تعالى يخاطب الناس و يقول

بعد أخذ العهد و المواثيق منهم على ان يؤمنوا و ينصروا رسله هل أقررتم و أخذتم على ذلكم إصرى اى ثقلى، و المراد بالثقل العهود و المواثيق التى أخـذت منهم، اى قبلتم عهودى و مواثيقى؟ قـالوا: أقررنـا، اى قبلنا تلك العهود و المواثيق، و المراد من الأمر بالشـهادة تثبيت تلك العهود و المواثيق عليهم و إتمام الحجـة، و لـذلك يقول بعد ذلك: و أنا معكم من الشاهدين اى لا يمكن لكم ان تنكروا هذه العهود.

و أمّا عن الآية الثانية فبأنها أيضاً لا ربط لها بالمقام، سواء كان المراد ب «آخرون» هم الفاسـقين المعترفين بذنبهم التائبين عمّا فعلوا من خلط العمل الصالح بالعمل السيّئ، أو المتخلفين عن غزوة تبوك، فندموا و تابوا.

أقول: لا تنبغى المناقشة فى اشـعار الآية بل دلالتها على ان الاعتراف بالذنب كاشف عن ثبوته و حاك عن تحقّقه، و لكن دلالتها على ان إقرار كل عاقل على نفسه جائز ممنوعة.

و أمّا عن الآية الثالثة فبأن المراد من الشـهادة الواجبة و لو كانت على النفس هى ما إذا كان نفس الشـهادة و أداؤها موجباً لوقوع ضـرر على النفس و المفروض فى القاعدة كون المقر به ضرراً على المقرّ لا نفس

---

(۱) سورة التوبة، آية ۱۰۲.

(۲) سورة النساء، آية ۱۳۵.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۶۶

إقراره، فهذه الآية أيضاً لا مجال للاستدلال بها فى محلّ البحث فى المقام.

الثالث الرّوايات،

و هى على قسمين:

الأوّل: مـا يـدلّ على القاعـدة بعنوانهـا الكلّى، و هو الحـديث المشـهور بين الفريقين الـذى عبّر عنه صـاحب «۱» الجواهر قـده بالنبوى المستفيض أو المتواتر و هو قوله (ص) إقرار العقلاء على أنفسـهم جائز «۲»، و أيضـاً قوله (ص): قولوا الحق و لو على أنفسـكم «۳» و أورده صاحب الجواهر فى كتاب الإقرار.

و الظاهر عـدم انطباق الحـديث الثانى على المقام؛ لان المراد وجوب إظهار الحق و عـدم جواز كتمانه، و إن كان نفس هذا الإظهار و عدم الكتمان ضرراً على المقر فالرواية مثل قوله تعالى كُونُوا قَوّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَداءَ لِلّهِ وَ لَوْ عَلى أَنْفُسِكُمْ «۴».

و أمّا الحديث الأوّل فهو ينطبق على القاعدة، بل عنوانها مأخوذ فيه و سيأتى البحث فى مفاده إن شاء اللّه تعالى.

الثانى: الأحاديث الكثيرة التى ورد أكثرها فى الموارد الخاصّـهٔ، كالإقرار بالولد و النسب، و كون النساء مصدّقات فى أنفسـهن، و لكن الظـاهر انّ ذكر المورد انّمـا هو لأجل تطبيق القاعـدة عليه، لا لأجل خصوصـيّة فيه، كما لا مجال للتأمل فيه لمن راجعها، و قـد ورد فى بعض الأحاديث مثل

---

(۱) جواهر الكلام ۳۵: ۳.

(۲) الوسائل ۱۶: ۱۱۱ ب ۳ من كتاب الإقرار ح ۲.

(۳) البحار ۷۷: ۱۷۱ مع اختلاف يسير.

(۴) سورة النّساء: الآية ۱۷۲.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۶۷

مرسل العطّار «۱» عن الصادق عليه السلام-: المؤمن أصدق على نفسه من سبعين مؤمن عليه «۲» و مرجعه الى ان الشهادة على النفس و إن كانت واحدة، بل و إن كانت غير متصفة بالعدالة، اكشف للواقع و اصدق من شهادة سبعين مؤمن، و إن كانت متصفة بالتعدد، بل و بالعدالة ايضاً، و فى خبر «۳» جرّاح المدائنى عن الصادق عليه السلام-: لا أقبل شهادة الفاسق الّا على نفسه «۴». فاذا قبلت شهادة الفاسق على نفسه، فشهادة العادل عليها بطريق اولى، و مرجع هذه الروايات الى ان مسألة الإقرار من شئون مسألة الشهادة غاية الأمر ان لها خصوصية، و هى عدم اعتبار التعدد و العدالة فيها بخلاف الشهادة على الغير.

الرّابع عدم الخلاف من أحد من علماء الإسلام بل إجماعهم كافة على حجية إقرار العقلاء على أنفسهم

و نفوذه و مضيّته فى الجملة.

و لكن بملاحظة ما ذكرنا مراراً يظهر انه لا أصالة للإجماع فى مثل المقام ممّا يوجد فيه نصّ معتبر، الّا ان يكون الإجماع جابراً لضعف الرّواية على تقديره.

و قد انقدح مما ذكرنا ان عمدة الدليل على نفوذ إقرار العقلاء على أنفسهم هو بناء العقلاء، و يكون مثل الحديث النبوى دليلًا على الإمضاء، فالحديث يمضى ما عليه بناء العقلاء، و عليه لا يكون دليلًا مستقلا فى

(۱) الوسائل ۱۶: ۱۱۰ ب ۳ من كتاب الإقرار ح ۱.

(۲) الوسائل كتاب الإقرار، الباب الثالث، حديث.

(۳) الوسائل ۱۶: ۱۱۲ باب ۶ من كتاب الإقرار ح ۱.

(۴) الوسائل كتاب الإقرار، الباب السادس، حديث.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۶۸

مقابله، و لكن حيث يكون بناء العقلاء من الأدلة اللبية و دليل الإمضاء دليلًا لفظيّاً، لا بد من المشى على طبق دليل الإمضاء، و البحث فى مفاده من جهة العبارات الواقعة و الكلمات المستعملة فيه.

الجهة الثانية- فى مفاد القاعدة،

و قد عرفت انه لا بد فى هذه الجهة من البحث فى مفاد الحديث الذى هو دليل لفظى يتضمن الإمضاء لما عليه بناء العقلاء، فنقول: امّا الإقرار فمعناه لغة و عرفاً هو الإثبات و جعل الشيء ذا قرار و ثبات، و معنى أقرّه على شغله هو جعله ثابتاً على ذلك الشّغل، و معناه فى المقام الذى هو بحث فقهى هو إثبات المقرّ به و جعله ثابتاً.

و إضافة الإقرار إلى العقلاء لأجل خصوصية لهم فى هذا الحكم و عدم شموله لغيرهم ممّن لا عقل له.

و المتفاهم من كلمة «على أنفسهم» كونه على ضررهم؛ فان كلمة «على» فى مثل المقام بمعنى الضرر فى مقابل «اللام» الذى بمعنى النفع مثل قوله تعالى لَها ما كَسَبَتْ وَ عَلَيْها مَا اكْتَسَبَتْ «۱».

و المراد بالجواز كما أشرنا إليه فى أوّل بحث القاعدة هو النفوذ و المضىّ لا الجواز مقابل الحرام لان الجواز التكليفى لا يختص بالإقرار على النفس بل يشمل الإقرار للنفس كما انه لا يختص بخصوص العقلاء مع انه قد لا يكون الإقرار على النفس من العاقل بجائز شرعاً كما إذا علم بكذب إقراره فإنه حينئذ حرام من جهة الكذب و ربما ينطبق عليه عنوان محرم آخر كقذف المحصنة فيما إذا أقر بالزنا بالمحصنة الفلانية مع ان الظاهر

(۱) سورة، آية.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۶۹

كما عرفت كون الحديث إمضاء لما عليه العقلاء و مرّ ايضاً ان العقلاء يجعلون الإقرار من الأمارات الظنية القوية و يعتمدون عليها فالمراد من الجواز هى الحجية التى عليها بناء العقلاء. و أمّا الظرف فهل هو متعلق بالإقرار كما هو ظاهر عبارة القاعدة و مرجعه الى تقييد موضوع الحكم بالمضى بما إذا كان الإقرار على النفس و بضرره كتقييده بما إذا كان صادراً من العقلاء على ما تقتضيه اضافة الإقرار إليهم أو يكون متعلقاً بالجواز و المضى و يكون الموضوع مطلق الإقرار و مرجعه الى كون الحكم و هو الجواز مقيّداً بكونه على النفس و بضرر المقرّ؟

و على التقدير الأوّل فهل يكون الحكم بالجواز مطلقاً و غير مقيّد أو يكون هو ايضاً كموضوعه مقيداً بما إذا كان على النفس ففى هذه الجهة ثلاثة احتمالات:

الأوّل ان يكون الظرف متعلقاً بالإقرار و موجباً لتقييد الموضوع من دون ان يكون الحكم مقيداً به أيضاً.

الثانى ان يكون الظرف متعلقاً بالحكم و موجباً لتقييده من دون ارتباط له بالموضوع و الثمرة بين الاحتمالين تظهر فيما إذا كان الإقرار على ضرره و لكن كان له لازم يكون لنفعه كما لو أقرّ بولدية مولود أو زوجيّة امرأة فإن الإقرار بالأبوة و كذا الزوجية كما يكون على نفسه من جهة وجوب إعطاء النفقة كذلك يكون لنفسه من جهة الإرث منهما على تقدير موتهما.

ففى هذا الفرض ان كان الظرف متعلقاً بالإقرار و كان الحكم بالجواز مطلقا يترتب على إقراره كلا الأمرين لثبوت قيد الموضوع و كون الحكم

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۷۰

مطلقا فاللازم نفوذ إقراره فى اللازم ايضاً كنفوذه فيما يرجع الى ضرره.

و إن كان الظرف متعلّقاً بالجواز يكون مقتضاه النفوذ فى خصوص ما يرجع الى ضرر نفسه و لا يشمل اللازم بوجه.

الثالث ان يكون الظرف متعلقاً بكلا الأمرين لا بمعنى تعلّقه من الجهة النحوية بأمرين بل بمعنى تقدير على أنفسهم بعد الحكم بالجواز أيضاً فكأنه قال إقرار العقلاء على أنفسهم جائز على أنفسهم و عدم التصريح به لعدم الحاجة إليه كقوله تعالى أَسْمِعْ بِهِمْ وَ أَبْصِرْ حيث تكون كلمة «بهم» مقدرة بعد قوله تعالى وَ أَبْصِرْ.

و مقتضى هذا الاحتمال انه إذا كان للإقرار مدلول التزامى لا يكون ضرراً على المقر لا تشمله القاعدة.

و الظاهر بملاحظة فتاوى الفقهاء رضوان الله عليهم أجمعين بثبوت خصوص ما يرجع الى ضرر المقرّ و بملاحظة ظهور عبارة القاعدة فى كون الظرف متعلقاً بالإقرار هو هذا الاحتمال الثالث الذى يرجع الى تقييد الموضوع و الحكم معاً بكونه على النفس.

و لكن فى المقام اشكال مهمّ أورده النراقى قده فى عوائده مفصّلًا و خلاصته انه إذا كان الإقرار بأمر واحد لا يمكن تحقّقه الّا بين اثنين كالإقرار بالزوجية فى المثال المتقدم يشكل الحكم بنفوذ الإقرار فيه بل لا يمكن الحكم به لا فى حق المقرّ و لا فى حق الغير امّا فى حق الغير فظاهر و أمّا فى حقّه فلعدم إمكان تحقّقه بدون الثبوت فى حق الغير و بعبارة اخرى: امّا يحكم بنفوذه فى حقّهما فيلزم نفوذ الإقرار فى حق الغير و هو باطل شرعاً أو بنفوذه فى حقه خاصّة دون حق الأخر و هو باطل عقلًا

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۷۱

لاستلزامه انفكاك ما يمتنع انفكاكه عن الشيء مع انه لو حكم بعدم النفوذ ايضاً لا يكون مخالفة فيه لعموم النبوى إذ الثابت منه نفوذ الإقرار فى حق النفس و هذا إقرار بشيء واحد فى حق النفس و الغير فلا يشمله الخبر بل ليس ذلك متبادراً من الإقرار على النفس.

و الجواب عن هذا الاشكال انّ وروده يبتنى على ان يكون مقتضى الحديث الحكم بالثبوت الواقعى التكوينى فإنه مع فرض تقوم الشيء لشخصين و استحالة التفكيك بين أمرين لا يبقى مجال للتفكيك بوجه و أمّا إذا كان المراد هو الثبوت التعبدى فلا إشكال فى

التفكيك لان مرجعه الى الحكم بالثبوت فى مقدار دلّ دليل التعبد عليه فإنه فى مثل المثال إذا كان زيد شاكّاً فى بقاء زوجيّته المتيقنة فى السابق و الزوجة عالمة بزوال الزوجية يكون مقتضى قاعدة لا تنقض الجارية فى حق الزوج لزوم ترتيب آثار الزوجيّة من إعطاء النفقة و مثله و لا- تجب على الزوجة الموافقة مع العلم بزوالها و ليس ذلك إلّا لأجل كون الثبوت ثبوتاً تعبّدياً لا مانع فيه من تحقق التفكيك بوجه كما انه لا مانع فى الثبوت التعبدى من التضاد أصلًا فإذا كان شخصان مشتركين فى ثوب واحد و كان الثوب مشكوك النجاسة فى زمان و لكن كانت حالته السابقة المتيقنة الطهارة بالإضافة إلى أحدهما و النجاسة بالإضافة إلى آخر يكون مقتضى الاستصحابين النجاسة و الطهارة معاً فى ثوب واحد و لا مانع منه بعد فرض كون الثبوت تعبّدياً.

و بالجملة لا- مجال للإشكال فى موارد الثبوت التعبدى بعد قصور دليل التعبد عن الشمول للمدلول الالتزامى فإنه يتحقق حينئذ الانفكاك من دون ان يكون هناك مانع.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۷۲

ان قلت ان ما ذكرت انّما يتم فى الأصول العملية حيث ان مثبتاتها ليست بحجة و الحجيّة مقصودة على المدلول المطابقى و أمّا فى باب الأمارات فقد اشتهرت حجيّة مثبتاتها و عدم انحصار الحجية فيها بالمدلول المطابقى بل شمولها للمدلول الالتزامى أيضاً فإذا شهدت البيّنة مثلًا بان زيداً بلغ ثلاثين سنة فكما ان شهادتها حجة فى هذا المدلول المطابقى فكذلك حجة فى اللوازم العادية و العقلية ايضاً و قد مرّ ان الإقرار عند العقلاء من الأمارات الظنية القوية و قد أمضاها الشارع فاللازم ان يكون حجة بالإضافة إلى اللّوازم ايضاً.

قلت الفرق بين الأصول و الأمارات بما ذكرت ليس مستنداً الى تعبد فى هذه الجهة بحث كان مقتضاه التفكيك فى الأصول دون الأمارات بل لأجل ان دليل الأصل لا يشمل المدلول الالتزامى بوجه دون دليل الامارة فاذا كان حياة زيد مشكوكة من حيث البقاء يكون مقتضى الاستصحاب الحكم بالبقاء و لكن لا يلزم ترتيب آثار البقاء التى لم تكن متيقنة فى السابق بل كانت متيقنة العدم كنبات اللحية الذى لم يكن له حالة سابقة فمعنى عدم حجية مثبت الاستصحاب ان دليل لا تنقض لا يجرى إلّا فى خصوص ما كان فيه يقين بالحدوث و شك فى البقاء و لا معنى لجريانه فيما ليس فيه هذا العنوان و المفروض عدم انحصار دليل حجية البينة بخصوص المدلول المطابقى فكلما قامت على البينة فهو ثابت سواء كان مدلولًا مطابقيّاً أو مدلولًا التزاميّاً و بعبارة اخرى يدخل الجميع فى دائرة الشهادة و المفروض اعتبارها.

لكن فى المقام مع كون الإقرار من الأمارات عند العقلاء و الشارع

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۷۳

و لكن حيث يكون دليل الإمضاء مقيّداً موضوعاً و حكماً بكونه على النفس لا يبقى مجال لتوسعة دائرة الحكم بالثبوت بغير ما إذا كان على النفس بل لا بد من الاقتصار على هذه الجهة و التّحديد بذلك فالإقرار مع كونه امارة لكنه لا يترتب عليه الّا ما كان على النفس و لا مانع من التفكيك كما عرفت.

و نظيره قاعدة التجاوز بناء على كونها امارة فإنه لو شك فى إتيان صلاة الظهر فى أثناء الاشتغال بصلاة العصر أو شك فى أثناء الصلاة أنه توضّأ أم لا؟ يكون مقتضى قاعدة التجاوز البناء على الإتيان بصلاة الظهر فى المثال الأوّل من جهة شرطيتها لصلاة العصر و لزوم الترتيب بين الصلاتين لا مطلقا حتى لا يجب الإتيان بها بعد الفراغ عن صلاة العصر مع بقاء الوقت و كون الإتيان بها مشكوكاً، كما ان مقتضى قاعدة التجاوز أنه توضّأ من جهة شرطية الطهارة للصلاة التى هو مشتغل بها لا انه توضّأ مطلقا حتى لا يجب عليه التوضى لصلاة اخرى مع اشتراطها بالوضوء و كونه مشكوكاً فالتعبد بوجود صلاة الظهر فى الأوّل و بوجود الوضوء فى الثانى لا يكون تعبّداً مطلقا بل محدوداً بما تكون القاعدة مقيدة به و هو صدق عنوان التجاوز فالامارية لا تلازم الحكم بالثبوت مطلقا.

و لذلك ترى الفقهاء يفتون فى المقام بأنه لو أقر بالزنا بالمرأة الفلانية يترتب على إقراره حدّ الزنا من الجلد مع عدم الإحصان و الرّجم معه و لكنه لا يثبت على المرأة شيء من جهة هذا الإقرار أصلًا.

كما انه لو أقر ببنوة شخص له يترتب على إقراره وجوب الإنفاق على تقديره كما انه يرث منه بمقتضى إقراره و لكنه لا يرث منه و لا مانع من

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۷۴

الانفكاك.

و خلاصة الكلام ان الإقرار كما فى العوائد امّا ان يكون فى حق الغير محضاً كان يقول زيد سرق مال عمرو، أو فى حق نفسه كذلك كان يقول هذا ليس مالى أو علىّ درهم فى سبيل الله أو يكون فى حقه و حق الغير معاً و هو على قسمين لانه امّا ان يكون إقراراً بأمر واحد لا يمكن تحققه الّا بين اثنين و بعبارة اخرى يكون اعترافاً بأمرين يمتنع انفكاك أحدهما عن الأخر كان يقرّ بمبايعة أو مصالحة أو مؤاجرة أو زوجية أو تطليق أو يقرّ بإخوته لهند و أختيّتها له أو ببنوته لعمرو و أبوّته له و نحو ذلك.

و الحكم فى الأولين واضح و كذا فى القسم الثالث ضرورة انه ينفذ فى حق نفسه لا فى حق الأخر و الإشكال انّما هو فى القسم الرّابع و قد عرفت توضيح الاشكال و كذا تفصيل الجواب و خلاصته الفرق بين الثبوت الواقعى و بين الثبوت التعبدى الذى هو مفاد قاعدة الإقرار المستفادة من دليل الإمضاء.

قاعدة عدم ضمان الأمين إلّا مع التعدى و التفريط

اشارة

و هى من القواعد الفقهية المشهورة بل المجمع عليها؛ إذ لم ينقل من أحد الخلاف، و لا حاجة فى إثباتها إلى إقامة الدليل على عدم الضمان، بل يكفى عدم ثبوت الدليل على الضّمان، لانّ مجرد عدم ثبوت الضمان كاف فى عدمه، كما هو الشأن فى سائر الموارد التى يشك فيها فى ثبوت حكم تكليفى أو وضعى مترتّب عليه حكم تكليفى، و العمدة فى المقام ملاحظة شمول دليل ضمان اليد لما نحن فيه و عدمه، لان دليل ضمان من أتلف لا يرتبط بالمقام بعد كون مورده تحقق التلف مستنداً الى الغير و لو لم يكن المال فى يده، و المفروض فى المقام تحقق التلف من دون استناد إلى الأمين بل كونه سماويّاً مثلًا و كذا دليل ضمان الغارّ الثابت فى قاعدة الغرور قاصر عن افادة حكم المقام، بعد عدم ثبوت تغرير فى محلّ البحث، فالعمدة ملاحظة

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۲۸

قوله (ص) على اليد ما أخذت حتى تؤدى «۱» و أنه هل يشمل اليد الأمانيّة أم لا؟

ربما يقال باختصاصه باليد المعنونة بعنوان العادية، أو باليد غير المأذونة من قبل المالک، أو من قبل اللّه، و معلوم ان يد الأمين سواء كانت الأمانة مالكية كالعين المستأجرة عند المستأجر و المرهونة عند المرتهن و العارية عند المستعير، أو كانت شرعية كاللقطة عند الملتقط أيام التعريف، أو المال المجهول المالک، أو أموال الغيّب و القصر عند الحاكم، أو المأذون من قبله، و مثل ذلك، ليست بيد عادية و لا غير مأذونة؛ لان الفرض ثبوت الامانة و الاذن امّا من طرف المالک و أمّا من اللّه تبارک و تعالى.

و الوجه فى الاختصاص امّا دعوى انصراف القاعدة فى نفسها عن اليد الأمانيّة، بمعنى انّه لا يفهم منها عند الملاحظة الّا غيرها، و أمّا دعوى كون كلمة الأخذ المأخوذة فى دليل القاعدة و مدركها ظاهرة فى الأخذ غير المجاز و لا تشمل مطلق القبض، فإن النسبة بين الأخذ و بين القبض العموم المطلق، و أمّا دعوى ورود التخصيص عليها بعد شمولها فى نفسها لليد الأمانيّة، و الدليل على التخصيص الروايات المتكثرة الواردة فى عدم ضمان الأمين و لكن يبعّد هذا الاحتمال إباء سياق القاعدة عن التخصيص المتداول فى باب العمومات.

و كيف كان، فان قلنا بعدم شمول القاعدة للمقام، فهو يكفى دليلًا على عدم الضمان، و إن قلنا بالشمول، فاللازم ملاحظة الروايات

الواردة بعنوان

(۱) سنن الترمذی ۳: ۵۶۶، سنن البيهقی ۶: ۹۵، سنن ابن ماجة ۲: ۸۰۲ ح ۲۴۰.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۲۹

التخصيص، فنقول:

منها ما فی الوسائل عن كتاب المقنع للصدوق قال: سئل الصادق عليه السلام عن المودع إذا كان غير ثقة هل يقبل قوله؟ قال: نعم و لا يمين عليه «۱»، و قد نبّهنا مراراً على ان الإرسال بهذا النحو، ای: بنحو الإسناد إلى المعصوم من دون الرواية لا يوجب قدحاً فی سند الرواية؛ لأنه بمنزلة التوثيق للوسائط، فالرواية لا مجال للإشكال فيها من جهة الإرسال.

و أمّا من جهة الدّلالة فظاهر السؤال يدل على مفروغية عدم الضمان فی محلّ البحث، لان محطّ نظر السائل انه إذا كان المستودع غير ثقة و قد تحقق التلف فی يده، و هو يدّعی وقوعه من دون استناد اليه بل لأجل آفة مهلكة سماوية مثلًا هل يقبل قوله فی ذلك؟ و هو يدل على وضوح عدم الضمان مع العلم بعدم استناد التلف اليه كما لا يخفى.

و منها مرسلة أبان بن عثمان المروية فی الوسائل عمّن حدثه عن ابی جعفر عليه السلام فی حديث قال: و سألته عن الذی يستبضع المال فيهلك أو يسرق، أ عَلى صاحبه ضمان؟ فقال عليه السلام-: ليس عليه غرم بعد ان يكون الرجل أميناً «۲». و مقتضى تعليق الحكم بعدم الغرامة فی الجواب على كون الرجل أميناً ثبوت الحكم فی جميع موارد ثبوت الامانة، و لو فی غير مورد السؤال، من دون فرق بين ان تكون الأمانة مالكية أو شرعية.

و منها ما فی المستدرك عن أمير المؤمنين عليه السلام-: ليس على

(۱) الوسائل ۱۳: ۲۲۸ ب ۶ من كتاب الوديعة ح ۷۷.

(۲) الوسائل ۱۳: ۲۲۸ ب ۴ من كتاب الوديعة ح ۵۵.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۳۰

المؤتمن ضمان «۱»، و هو نص فی عدم ثبوت الضمان على المؤتمن، و لكن شموله للامين من قبل اللّه دون المالك، غير ظاهر.

و منها ما فی الوسائل أيضاً عن قرب الاسناد عن هارون بن مسلم عن مسعدة بن صدقة عن ابی عبد اللّه (ع)، قال ليس لك ان تأتمن من خانك و لا تتّهم من ائتمنت «۲».

و الظاهر ان المراد من التطول الذی تدل عليه رواية الحلبی هو التطول فی مقام العمل، مع جواز التغريم الذی هو متفرع على ثبوت الضمان، و عليه فلا ينافی التضمين من ناحية أمير المؤمنين (ع) مطلقا، و يؤيده بل يدل عليه مرسلة الصدوق، ان أبا عبد اللّه (ع) قال كان ابی (ع) يضمن الصائغ و القصار ما أفسدا و كان على بن الحسين (ع) يتفضل عليهم «۳». مع ان موردها صورة الإفساد و الإتلاف التی يكون الحكم فيها الضمان بمقتضى القاعدة و النصوص الكثيرة الواردة فی صورة الإفساد، فالتفضل و التطول لا ينافی الضمان، و لكنه حيث يكون فی المقام رواية أخرى ظاهرة فی عدم الضمان، و هی رواية معاوية بن عمّار عن ابی عبد اللّه (ع) قال: سألته عن الصباغ و القصار، قال، ليس يضمنان «۴». و دلالته على حكم صورة التلف ظاهرة و روايتان ظاهرتان فی التفصيل فی مثل القصار فی الضمان و عدمه بين صورتی الأمن و الاتهام أولاهما: رواية

(۱) المستدرك ۲: ۵۰۶ كتاب الوديعة.

(۲) الوسائل ۱۳: ۲۲۹ ب ع من كتاب الوديعة ح ۹.

(۳) الوسائل، أبواب أحكام الإجارة، الباب التاسع و العشرون، الحديث ۲۰.

(۴) الوسائل، أبواب أحكام الإجارة، الباب التاسع و العشرون، الحديث ۱۴.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۳۱

أبی بصیر المشتملة علی قول ابی عبد اللّه (ع): انه لا یضمن الصائغ و لا القصار و لا الحائک الّا ان یکونوا متهمین «۱». و ثانیتهما: روایة محمد بن الحسن الصفار قال: کتبت الی الفقیه (ع) فی رجل دفع ثوباً الی القصار لیقصره، فدفعه القصّار الی قصار غیره لیقصره، فضاع الثوب، هل یجب علی القصّار ان یرده إذا دفعه الی غیره و إن کان القصار مأموناً؟ فوقّع (ع) هو ضامن له الا ان یکون ثقة مأموناً إن شاء اللّه «۲».

یکون مقتضی الجمع بین الروایات المتعارضة فی المقام هو التصرف فی المطلقات منها و حملها علی الروایة المفصلة التی یکون مقتضاها ثبوت الضمان مع التهمة و عدم کونه مأموناً، و عدمه مع کونه کذلک، و علیه تتحقق المخالفة للروایات المتقدمة الظاهرة فی عدم ضمان الأمین مطلقا، فاللازم ان: یقال ان الروایات الدالة علی الضمان فی المقام خارجة عن محلّ البحث، لان موردها صورة الشک فی تحقق التلف فی ید الصائغ و القصار و مثلهما، و الدلیل علیه مضافاً الی التعلیل بکون تضمین أمیر المؤمنین (ع) انّما هو لأجل الاحتیاط علی أمتعة الناس ذیل روایة السکونی الدال علی انّه لم یکن یضمن من الحرق و الغرق و الشیء الغالب «۳»؛ فان مقتضاه انه مع العلم بثبوت التلف و استناده إلی أمر آخر دون مثل الصائغ، لم یکن هناک تضمین أصلًا فالتضمین الثابت فی الصدر انّما هو فی مورد الشک فی تحقق التلف أو الشک فی الاستناد الی العامل و احتمال کونه هو المتلف، و منه یظهر

---

(۱) الوسائل، أبواب أحکام الإجارة، الباب التاسع و العشرون، الحدیث ۱۲.

(۲) الوسائل ۱۳: ۲۷۵ ب ۲۹ من کتاب الإجارة ح ۱۸.

(۳) ص ۳۹.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۳۲

ان مورد الروایة المفصلة أیضاً انّما هو خصوص صورة الشک، و یؤیده بل یدل علیه ان نفس هذا التفصیل لا یتلاءم الّا مع هذه الصورة؛ فإن الاتهام و عدمه لا یرتبطان الّا بما إذا کان هناک شک، و إلا فمع العلم بثبوت التلف و عدم الاستناد الی العامل لا یکون فرق بین المتهم و غیره، فالإنصاف ان الروایات الدالّة علی عدم الضمان محکمة.

هذا ما ورد فی باب الإجارة، و قد ورد فی أبواب آخر بعض ما یدل علی الضمان، مثل ما ورد فی باب المضاربة بمال الیتیم، و إن العامل ضامن، و ما ورد فی العاریة، مما یدلّ علی ضمان عاریة الدرهم و الذهب و الفضة و ما ورد فی الوصی مما یدل علی ضمانه فی الجملة، و ما ورد فی باب اللقطة، و انه إذا تلفت فالواجد ضامن لها، و لکنّها علی تقدیر عدم إمکان حملها علی ما لا ینافی الروایات المتقدمة، یکون مفادها ضمان الأمین فی الجملة، لا بأس به؛ لأن قاعدة عدم ضمان الأمین قابلة للتخصیص، و لا مجال للالتزام بابائها عنه أصلًا.

ثمّ انّه مع ما عرفت من وجود روایات متکثرة واردة فی المسألة، و إن الأمین لا یکون ضامناً الّا مع التعدی أو التفریط.

و منها غیر ذلک من الروایات الواردة فی الأبواب المتعددة من الودیعة و العاریة و اللقطة و غیرها، الدالة علی عدم ثبوت ضمان علی الأمین، نعم هنا بعض الروایات الظاهرة فی الضمان مثل ما ورد فی القصار و الصائغ کروایة یونس قال: سألت الرّضا علیه السلام عن القصار و الصائغ أ یضمنون؟ قال: لا یصلح الّا ان یضمنوا «۱». و روایة الحلبی عن

---

(۱) الوسائل، أبواب أحکام الإجارة، الباب التاسع و العشرون، الحدیث ۹.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۳۳

ابى عبد اللّه (ع) قال كان أمير المؤمنين (ع) يضمن القصار و الصائغ احتياطاً على الناس، و كان ابى يتطوّل عليه إذا كان مأموناً «۱». و رواية السكونى عن ابى عبد اللّه (ع): قال كان أمير المؤمنين يضمن الصباغ و القصار و الصائغ احتياطاً على أمتعة الناس، و كان لا يضمن من الغرق و الحرق و الشيء الغالب «۲».

يشكل الاستدلال فى مقابل عموم قاعدة ضمان اليد على تقديره بإجماع الفقهاء و إرسالهم المقام إرسال المسلّمات؛ فإنه مع وجود روايات متكثّرة دالة على عدم الضمان، ثبوت حجيّة بعضها من جهة السّند ايضاً، لا يبقى أصالة للإجماع، و لا مجال لدعوى كونه دليلًا مستقلا فى مقابل الروايات، كما لا يخفى. نعم لو كانت الروايات بأجمعها قاصرة من حيث السّند، لكان الإجماع كاشفاً عن الاعتبار و جابراً للضعف من جهة السّند.

و كيف كان فالعمدة على تقدير شمول قاعدة ضمان اليد هى الرّوايات الواردة فى عدم ضمان الأمين، هذا كله من جهة الدليل على القاعدة، و أمّا من سائر الجهات، فيقع الكلام فى أمور:

الأمر الأوّل- ان الضمان المنفى هنا هو الضمان الثابت فى قاعدة اليد،

و هو كون المال فى ذمّة ذى اليد و فى عهدته، الذى هو أمر اعتبارى عند العقلاء و الشرع، و إن كان بينهما اختلاف فى بعض الموارد، و هو اى ثبوت المال فى العهدة، و بتعبير الرواية «على اليد» يستمرّ الى ان يتحقق أداء نفس المال مع وجوده و إمكان أدائه أو أداء مثله أو قيمته عند تلفه أو ما بحكمه،

---

(۱) الوسائل، أبواب أحكام الإجارة، الباب التاسع و العشرون، الحديث ۴.

(۲) الوسائل، أبواب أحكام الإجارة، الباب التاسع و العشرون، الحديث ۶.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۳۴

فمرجع الضمان المنفى هنا الى عدم ثبوت المال التالف على عهدة الأمين و فى ذمّته، فلا يجب عليه أداء مثله أو قيمته و قد عبّر فى مرسلة أبان المتقدمة بأنه ليس عليه غرم بعد ان يكون الرجل أميناً.

الأمر الثانى- ان المراد من الأمين هو مقابل الخائن

الذى إذا وقع مال الغير تحت يده و فى اختياره لا يأبى عن الخيانة فيه الموجبة لتلفه أو لحصول منقصة فيه، و هل المراد من الأمين من كان غير خائن فى نفسه و بحسب وصفه الواقعى، كما اشتهر توصيف النبى (ص) به قبل البعثة إذ يخاطبونه (ص) بأنه أمين، أو ان المراد منه فى المقام هو المؤتمن الذى ائتمنه صاحب المال على الى ماله الذى أوقعه تحت يده؟ و على التقدير الثانى هل المراد بالمؤتمن من كان مورداً لوثوق صاحب المال و اطمئنانه بأنه يكون محفوظاً عنده بجميع أجزائه و أوصافه و لا يتحقق منه الخيانة بالنسبة إليه أصلًا، أو ان المراد بالمؤتمن من كان طبع جعل المال فى اختياره مقتضياً لعدم خيانته، مثل ما إذا كان بصورة الوديعة التى غرضها حفظ المال، أو العارية التى يكون غرضها الانتفاع مع بقاء المال بجميع شئونه، و إن لم يكن مورداً للوثوق بوجه أصلًا؟

لا بد للوصول الى ما هو المراد من الأمين فى القاعدة المبحوث عنها فى المقام، من ملاحظة عدم اختصاصها بالأمانة المالكية و شمولها للأمانة الشرعية التى يكون الاذن فيها من قبل الشارع، و من الواضح عدم تحقق الأمانة فى مقابل الخيانة بحسب الوصف الواقعى فى كثير من مواردها، كما انه لا معنى لتحقق الايتمان فى جميعها بمعنى الوثوق بأنه لا يتحقق منه الخيانة و لا يصدر منه الخلاف.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۳۵

كما أنّه لا بد من ملاحظة رواية المقنع المتقدمة التى وقع فيها السؤال عن المودع إذا كان غير ثقة، فإن ظاهره تحقق الإيداع من المالك مع عدم وثوقه بالمستودع، الّا ان يقال: ان المراد هو عدم الوثاقة فى القول غير المنافى للأمانة فى مقام العمل، أو يقال بخروجه عن الوثاقة بعد الإيداع و إن كان متصفاً بها حينه، و لكن الاحتمالين الأخيرين بعيدان، و الظاهر هو الأوّل.

ثمّ انه لا بد من ملاحظة أمر ثالث، و هو ان استثناء صورة التعدى و التفريط من ضمان الأمين هل يكون بنحو الاستثناء المتّصل كما هو ظاهر عنوان القاعدة، أو بنحو الاستثناء المنقطع، الذى مرجعه الى زوال وصف الأمانة فى إحدى الصورتين، و المراد بالتعدى هو ان يفعل فعلًا يضرّ بالمال الذى يكون تحت يده، كما إذا كان المال حيواناً فجعل غذائه مما لا يناسبه، كما ان المراد بالتفريط هو ترك فعل موجب لتلفه كما إذا ترك تغذيته بالمرّة فى مثال الحيوان.

ربما يقال بالثانى كما اختاره المحقق البجنوردى فى قواعده الفقهية «۱»، حيث ذكر ان عدم التعدى و التفريط مأخوذان فى حقيقة الأمين، و الاستثناء فى القاعدة مستدرك، لأنه إذا صدر عنه التعدى أو التفريط فهو خائن و ليس بأمين، فهما ضدان.

و لكن ما افاده مضافاً الى ما عرفت من كونه خلاف ظاهر عنوان القاعدة فرع كون المراد من الأمين هو الأمين بحسب وصفه الواقعى فى مقابل الخائن كذلك، و هو أوّل الكلام، بل محلّ منع بعد ما عرفت من عدم

---

(۱) القواعد الفقهية للبجنوردى ۲: ۷.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۳۶

ثبوته فى كثير من موارد الأمانة الشرعية بل المالكية على ما مرّ من ظهور السؤال فى الرواية فى ذلك.

و بما ذكرنا ينقدح ان المراد من الأمين فى المقام هو المؤتمن، و إن المراد من المؤتمن هو الذى يكون طبع جعل المال بيده مقتضياً لعدم خيانته، و كأنه يكون مقيّداً به من دون فرق بين ان يكون الاذن من المالك أو من اللّه، و لا يشترط ثبوت وصف الامانة له فى نفسه، و لا الوثوق بكون المال محفوظاً عنده، و عليه يكون استثناء صورة التعدى و التفريط بنحو الاستثناء غير المنقطع، نعم لا بد حينئذٍ من اقامة الدليل عليه، و سيأتى البحث فيه إن شاء الله تعالى.

و يدلُّ على ما ذكرنا رواية المقنع المتقدمة إذ وصف الامام (ع) الرجل بكونه أميناً مع عدم تعرض فى السؤال لثبوت وصف الامانة له، و لا للوثوق لصاحب المال بعدم تحقق الخيانة منه أصلًا، فمعناه ان نفس جعل المال فى يد المستبضع مقتض لذلك، و إن لم يكن هناك امانة واقعاً و لا وثوق أصلًا.

الأمر الثالث- فى استثناء صورة التعدّى أو التفريط من الحكم بعدم ضمان الأمين،

و لا يخفى عدم ورود هذين العنوانين فى دليل شرعى حتى يجب التكلّم فى مفادهما من حيث موضوعيتهما للحكم الشرعى، بل الوجه فى ثبوت الضمان فى موردهما (مع ملاحظة ان المتفاهم العرفى من عنوان التعدى هو التجاوز اى التجاوز عن دائرة الاذن و التعدى عما هو المأذون فيه و من عنوان التفريط هو التضييع، فالتعدى هو الإفراط و التجاوز، و التفريط هو التضييع هو كون التلف فى موردهما مستنداً الى من كان المال

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۳۷

فى يده، فيتحقق عنوان الإتلاف الذى هو سبب مستقل لتحقق الضمان؛ لقاعدة الإتلاف التى هى قاعدة مستقلة غير قاعدة ضمان اليد، و الوجه فيه وضوح انّه لو غذّى الحيوان بما لا يناسبه كمّاً أو كيفاً فتلف، يكون تلفه حينئذٍ، مستنداً الى من فعل به ذلك، كما انه لو ترك تغذيته بالمرة، يستند التلف الى التارك، و عليه فالوجه فى ثبوت الضمان فى موردى التعدى و التفريط هو صدق الإتلاف

حينئذٍ، و لا شبهة فى عدم شمول الروايات المتقدمة الدالة على عدم ضمان الأمين لصورة الإتلاف، بل موردها صورة التلف عنده؛ فان مورد السؤال فى رواية المقنع المتقدمة صورة انعدام المال مع الشك فى كونه بنحو التلف أو الإتلاف، مع دعوى من كان المال فى يده الأوّل، و ظاهره انه مع العلم بحصول الإتلاف و استناد التلف اليه لا يبقى مجال لتوهم عدم ثبوت الضمان، كما ان مورد المرسلة صورة الهلاك أو السّرقة من دون مدخليّة المستبضع فى ذلك أصلًا، و أمّا قوله (ع): ليس على المؤتمن ضمان، فالمتفاهم العرفى منه هو عدم الضمان مع التلف، لا ما يشمل صورة الإتلاف أيضاً، فبعد قصور أدلة عدم ضمان الأمين عن شمول صورة الإتلاف يكون مقتضى سببية الإتلاف للضمان ثبوته مع التعدى و التفريط الموجبين لتحقق الإتلاف. و على ما ذكرنا يصير استثناء صورتى التعدى و التفريط من قبيل الاستثناء المنقطع، لا بالنحو الذى ذكر سابقاً، بل من جهة ان مورد القاعدة صورة التلف، و الصورتان واردتان فى مورد الإتلاف، فتدبر.

نعم قد يتحقق عنوان التّعدى مع عدم صدق الإتلاف و تحقق

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۳۸

الاستناد، كما فى مورد صحيحة أبى ولّاد «۱» المعروفة الواردة فى مورد اكتراء البغل الى مكان معين، فتجاوز عما اذن له الى مكان آخر، الدالة على ثبوت الضمان لو تلف البغل، و انه يضمن قيمة بغل يوم المخالفة.

و الوجه فى ثبوت الضمان فيه مضافاً الى إمكان دعوى صدق الإتلاف فى مثل هذا المورد ايضاً فتدبّر انه مع التعدى و التجاوز عمّا اذن له، يكون مقتضى قاعدة اليد ثبوت الضمان فيه، سواء قلنا بان المراد من اليد فيها هى اليد العادية، أو اليد غير المأذونة، أو مطلق اليد، و لا دلالة للروايات المتقدمة الواردة فى عدم ضمان الأمين على نفى الضمان فى هذه الصّورة، لعدم شمولها لها بوجه، كما لا يخفى.

الأمر الرابع- قد مرّت الإشارة بل التصريح مراراً الى أنّ المراد من الأمانة فى هذه القاعدة أعمّ من الأمانة المالكية و الأمانة الشرعيّة،

و المراد بالأولى هو ما إذا كان وقوع المال بيده بإذن المالك أو من هو بحكمه كوكيله أو الولىّ و بالثانية هو ما إذا كان الاذن المزبور من قبل اللّه تبارك و تعالى دون المالك، فمورد الأولى جميع المعاملات التى تصدر من المالك أو من بحكمه، بدون ان تكون متضمنة لنقل العين، سواء كان من جهة تمليك المنفعة كباب الإجارة، أو تمليك الانتفاع كالعارية، أو كان الغرض مجرد كونه محفوظاً عنده كالوديعة، أو كان الغرض ان يعامل معه بحصة من الربح كالمضاربة، أو ان يزرع فيها بحصة من الحاصل كالمزارعة، أو ان يسقيها بحصة من الثمرة كالمساقاة، أو ان يحملها من مكان الى مكان آخر كالحمال و المكارى ففى جميع هذه الموارد تكون الأمانة مالكية.

(۱) الوسائل ۱۳: ۲۵۵ ب ۱۷ من كتاب الإجارة ح ۱.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۳۹

و مورد الثانية جميع الموارد التى يكون الاذن فيها من طرق الشارع، كالمعاملات التى تقع على أموال الغيّب و القصّر، بدون ان يكون فيها نقل العين، كجميع ما ذكرنا فى موارد الأمانة المالكية، و كذلك فى مثل اللقطة التى يكون الملتقط مأذوناً فيها من قبل الشارع، ما دام مشغولًا بالتعريف، فالامانة فى القاعدة تشمل كلتا الأمانتين.

الأمر الخامس- انه قد انتقض عموم هذه القاعدة بموارد:

قاعدة الإتلاف

اشارة

و هى ايضاً من جملة القواعد الفقهية المشهورة، بل لا خلاف فيها، بل ممّا اتفق عليها الكلّ، بل ربما يقال: انّها مسلمة بين جميع فرق المسلمين، بل ربّما يدّعى انّها من ضروريات الدين، و لكن يجب توجيهه بان المراد كونها من ضروريات الفقه لا من ضروريات الدين حتى يوجب إنكارها الارتداد و الخروج عن الإسلام، و قد نبّهنا مراراً ثبوت الفرق بين ضرورى الفقه و بين ضرورى الدين، و إن إنكار الأوّل لا يوجب الارتداد بخلاف الثانى، و عبارة القاعدة بمثل هذا النحو: من أتلف مال الغير بدون اذن منه فهو له ضامن، و البحث فيها من جهات:

الجهة الاولى– فى مدرك القاعدة،

و الظاهر عدم كونها واردة بهذه العبارة فى رواية، و إن اشتهر فى الألسن: من أتلف مال الغير فهو له ضامن، و لكن الظاهر انه لا يوجد فى كتب الحديث.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۴۶

و استدل عليها الشيخ فى محكى المبسوط «۱» و ابن إدريس «۲» فى محكى السّرائر بقوله تعالى فَمَنِ اعْتَدىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدىٰ عَلَيْكُمْ «۳». نظراً الى ان إتلاف مال الغير بدون اذنه و رضاه اعتداء عليه، و تعبيره سبحانه و تعالى عن ضمان المثل و القيمة بالاعتداء انّما هو للمشاكلة التى هى من المحسّنات البديعية، كقوله تعالى جَزٰاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهٰا «۴»، فالآية تدل دلالة واضحة على ان من أتلف مال الغير بدون اذنه و رضاه فهو له ضامن.

و يمكن المناقشة فى الاستدلال بالآية تارة من جهة ان عنوان الإتلاف المأخوذ فى القاعدة أعم من الإتلاف الواقع عن عمد و اختيار، لأن الإتلاف فى حال النوم مثلًا يوجب الضمان للقاعدة، مع انه يمكن منع تحقق الاعتداء مع عدم التوجه و الالتفات فتدبّر، و أخرى من جهة ان مفادها جواز الاعتداء بالمماثل بنحو الحكم التكليفى للغير، و أمّا الضمان الذى هو حكم وضعى على من صدر عنه الإتلاف كما هو مفاد القاعدة فلا دلالة للآية عليه.

و ربما يستدل عليها بقاعدة ضمان اليد المستفادة ممّا رواه فى المبسوط عن الحسين أو حسن عن سمرة ان النبى (ص) قال: على اليد ما أخذت

---

(۱) المبسوط ۳: ۶۰.

(۲) السرائر ۲: ۴۸۰.

(۳) البقرة: ۱۹۴.

(۴) الشورى: ۴۰.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۴۷

حتى تؤدّى «۱»، و فى بعض النسخ: حتى تؤدّيه. و هذه الرواية مروية عن طريق الخاصّة أيضاً، نظراً إلى انه إذا كان التلف موجباً للضمان فالاتلاف بطريق اولى.

و لكن الظاهر بعد ملاحظة ان المراد باليد فى قاعدة ضمان اليد هى اليد العادية أو غير المأذونة، على ما مرّ فى قاعدة عدم ضمان الأمين المتقدمة، و بعد ملاحظة ان المراد من عدم الاذن فى قاعدة الإتلاف، عدم الاذن فى الإتلاف لا عدم الاذن فى كونه فى يد الغير ان النسبة بين الموردين عموم من وجه، لافتراق قاعدة الإتلاف فيما إذا أتلف مال الغير مع عدم كونه تحت يده بوجه كما إذا

رماه بسهم مثلًا فأتلفه، و فيما إذا أتلف مال الغير مع كون يده عليه بإذن من المالک، کما فی صورتی التعدی و التفريط فی الأمانة المالكية على ما مرّ، و افتراق قاعدة ضمان اليد فيما إذا كانت العين في يد الغير مع كونها عادية أو غير مأذونة باقية لم يتحقق تلفها لها بعد، فإنها تكون حينئذ مضمونة و على عهدة ذی اليد، على ما هو مفاد القاعدة، مع عدم شمول قاعدة الإتلاف لها بوجه، و على ما ذكرنا لا مجال لاستفادة حكم المقام من قاعدة ضمان اليد إلّا بالإضافة إلى خصوص مادّة الاجتماع، و هو لا يترتب عليه اثر بعد دلالة قاعدة ضمان اليد.

و عن الشيخ فی المبسوط «۲» روی الأعمش عن أبی وائل عن عبد اللّه بن مسعود عن النبی (ص) انه قال: حرمة مال المسلم كحرمة دمه و رواه الخاصة أيضاً و مقتضى عموم التشبيه ثبوت الضمان فی إتلاف المال

(۱) المبسوط ۳: ۵۶.

(۲) المبسوط ۳: ۵۹.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۴۸

كثبوته فی الدم.

و روی الشيخ أيضاً فی المبسوط عن عبد اللّه بن السائب عن أبيه عن جده عن النبی (ص) انّه قال: لا يأخذن أحدكم متاع أخيه جاداً و لا لاعباً، من أخذ عصا أخيه فليردّها.

و فی الاستدلال به مضافاً الى ما عرفت من عدم اختصاص مورد القاعدة بما إذا كانت اليد على المال غير مأذونة، لشمولها لصورة الإذن، غاية الأمر عدم كون الإتلاف مأذوناً فيه ان غاية مفاده الحكم التكليفی و هو وجوب الردّ، و أمّا الضمان الذی هو حكم وضعی فلا.

و روی فی المستدرک عن دعائم الإسلام روايات فی هذا الباب:

منها ما عن ابی عبد اللّه (ع) عن أبيه عن آبائه عن أمير المؤمنين عليهم السلام ان رسول الله (ص) خطب يوم النحر بمنى فی حجّة الوداع و هو على الناقة العضباء فقال: ايها الناس، انی خشيت ان لا ألقاكم بعد موقفی هذا، بعد عامی هذا، فاسمعوا ما أقول لكم فانتفعوا به. ثمّ قال: ایّ يوم أعظم حرمة؟ قالوا هذا اليوم يا رسول اللّه (ص) قال: فأیّ الشهور أعظم حرمة؟ قالوا: هذا الشهر يا رسول اللّه (ص) قال: فأیّ بلد أعظم حرمة؟ قالوا: هذا البلد يا رسول اللّه (ص) قال: فإنّ حرمة أموالكم عليكم و حرمة دمائكم كحرمة يومكم هذا، فی شهركم هذا، فی بلدكم هذا، الى ان تلقوا ربّكم فيسألكم عن أعمالكم، ألا هل بلّغت؟ قالوا: نعم، قال: اللّهم اشهد، الحديث «۱».

و منها ما عن ابی عبد اللّه (ع) ايضاً، انه قال فی حديث: فمن نال

(۱) مستدرک الوسائل ۳: ۱۴۵ ب ۱ من كتاب الغصب.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۴۹

من رجل شيئاً من عرض أو مال وجب عليه الاستحلال من ذلک و الانفصال من كلّ ما كان اليه، و إن كان قد مات فليتنصل من المال الى ورثته و ليتب الى اللّه مما اتى اليه حتى يطلع عليه عزّ و جلّ بالنّدم و التوبة و الانفصال، ثمّ قال: و لست أخذ بتأويل الوعيد فی أموال الناس و لكنی أرى ان أؤدّی إليهم ان كانت قائمة فی يدی من اغتصبها و يتنصل إليهم منها، و إن فوّتها المغتصب اعطى العوض منها فان لم يعرف أهلها تصدق بها عنهم على الفقراء و المساكين، و تاب الى اللّه عزّ و جلّ مما فعل «۱».

و منها ما عن أمير المؤمنين (ع) انه قضى فيمن قتل دابة عبثاً أو قطع شجراً أو أفسد زرعاً أو هدم بيتاً أو عوّر بئراً أو نهراً ان يغرم قيمة ما

استهلک و أفسد، و ضرب جلدات نکالًا، و إن أخطأ و لم یتعمد ذلک، فعلیه الغرم، و لا حبس و لا أدب، و ما أصاب من بهیمهٔ فعلیه ما نقص من ثمنه «۲».

و دلالهٔ هذه الروایات و إن کانت مخدوشهٔ بالإضافهٔ إلی أکثرها، الّا ان ملاحظهٔ المجموع مع الأدلهٔ المتقدمهٔ و مع کون القاعدهٔ متّفقاً علیها لا تبقی ریباً فی ثبوتها، و لا شکاً فی تحققها، و لأجله لا حاجهٔ الی التطویل بذکر سائر المدارک، کما لا یخفی.

الجهة الثانیهٔ- فی بیان المراد من ألفاظ هذه القاعدهٔ،

فنقول:

امّا الإتلاف المضاف الی المال فالظاهر انّ المراد منه هو الافناء

---

(۱) مستدرک الوسائل ۳: ۱۴۵ ب ۱ من کتاب الغصب و فی طبع مؤسسهٔ آل البیت ۱۷: ۸۷.

(۲) مستدرک الوسائل ۳: ۱۴۷ ۹ من کتاب الغصب، و فی الطبعهٔ الجدیدهٔ ۱۷: ۹۵.

القواعد الفقهیهٔ (للفاضل)، ص: ۵۰

و الإهلاک المتعلق بذات المال بأن أخرجه عن صفحهٔ الوجود و أفناه بالمرّهٔ بحیث لم یکن هناک شیء یشار إلیه بأنّه مال الغیر، و أمّا إذا تعلّق الافناء لا بذات المال و نفسه بل بمالیّته مع بقاء ذاته، کما لو غصب الثلج فی الصیف فإبقاء إلی الشتاء، فردّه فیه مع انه لا مالیهٔ له فی الشتاء، ای لا- یبذل بإزائه المال فیه، فالظاهر عدم شمول القاعدهٔ له، سواء کانت بهذه العبارهٔ المعروفهٔ أو بمثل ما فی بعض الروایات المتقدمهٔ من ان حرمهٔ مال المسلم کحرمهٔ دمه، فان التعبیر الثانی أیضاً لا یقتضی الضمان بعد بقاء المال بذاته، و إن عرض له الفناء و الهلاک بملاحظهٔ مالیّته، الّا ان یستفاد حکمه من مثل قوله تعالی فَمَنِ اعْتَدیٰ عَلَیْکُمْ فَاعْتَدُوا عَلَیْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدیٰ عَلَیْکُمْ نظراً الی ان افناء المالیهٔ اعتداء لا محالهٔ.

و أمّا المال المضاف إلیه الإتلاف فالظاهر ان المراد به هو المال فی الآیهٔ الشریفهٔ و هی قوله تعالی الْمٰالُ وَ الْبَنُونَ زِینَهُ الْحَیٰاهِ الدُّنْیٰا «۱».

و هو عبارهٔ عن کل شیء یکون مطلوباً و مرغوباً عند الناس؛ لأجل قضاء حوائجهم به، و دخیلًا فی معاشهم أو شیء یحصل مطلوبهم به.

فالأوّل کالمأکولات و المشروبات و الملبوسات و المساکن و المراکب و مثلها من دون فرق ما کان من قبیل الجواهر الموجودهٔ لا فی موضوع، أو من قبیل الأعراض التی تسمّی فی الاصطلاح بالمنافع کرکوب الدابهٔ و سکنی الدّار و التزین بالذهب و الأحجار الکریمهٔ، أو ما یکون الاحتیاج الیه نوعاً أو فی خصوص بعض الحالات کالأدویهٔ التی یعالج بها المریض و کالآلات المحتاج إلیها فی دفن الأموات.

---

(۱) الکهف: ۴۶.

القواعد الفقهیهٔ (للفاضل)، ص: ۵۱

و الثانی کالأوراق المالیهٔ الموجودهٔ فی هذه الأزمنهٔ التی لها دخل فی تحصیل ما یرفع الحوائج بها؛ فإنّها أیضاً مال، غایهٔ الأمر ان مالیّتها أمر اعتباری یدور مداره، فما دام الاعتبار مستظهراً له یکون اتصافه بالمالیهٔ محفوظاً، و أمّا تعریف المال بأنه ما یبذل بإزائه المال، فهو و إن کان شاملًا لجمیع ما ذکرنا، الّا انه لا خفاء فی کونه تعریفاً دوریّاً.

و أمّا الضمان المأخوذ فی القاعدهٔ، فحیث یکون المفروض فیها صورهٔ الإتلاف، یکون مرجع ضمان المال المتلف الی کونه فی عهدته یجب الخروج عنها بأداء المثل فی المثلیات و القیمهٔ فی القیمیات، و لا مجال للضمان المعاوضی هنا بعد عدم وجود معاوضهٔ فی البین،

بل الضمان هو الضمان الحقيقى الذى هو عبارة عن ضمان المثل أو القيمة.
و قد عرفت انّ الضمان فى القاعدة مقيد بصورة عدم الاذن و مرّ، ايضاً ان المراد هو عدم الاذن فى الإتلاف، من دون فرق بين ما إذا كانت يده على مال الغير على تقدير ثبوت اليد يداً عادية أو غير مأذونة، و بين ما إذا كانت يداً مأذونة كالأمين فى صورة التعدى و التفريط على ما تقدّم.

الجهة الثالثة– ان الإتلاف قد يكون بالمباشرة و قد يكون بالتسبيب.

فالأوّل مثل ان يأكل مال الغير الذى يكون من المأكولات، أو ان يشرب ماله الذى يكون من المشروبات، أو يحرق أثوابه، أو يرمى حيوانه بسهم فيهلكه، و شبه ذلك مما يصدر عنه فناء مال الغير و هلاكه عن نفسه و إرادته من دون وساطة فاعل آخر.
و الثانى عبارة عن كل فعل صار سبباً لوقوع التلف، بحيث لو لم يكن لم يتحقق التلف، و لكنه لم يكن علة تامة و لا جزء أخيراً من العلة التامة

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۵۲

و عليه فهو الذى لا يلزم من وجوده الوجود، و لكن يلزم من عدمه العدم.
لا خفاء فى ان القدر المتيقّن من مورد القاعدة الذى لا شبهة فى ثبوت الضمان فيه هو القسم الأوّل الذى يكون الإتلاف فيه بالمباشرة.
و أمّا القسم الثانى فقد ادعى فى الجواهر «۱» نفى الخلاف فيه، بل ربما يقال أنه يمكن تحصيل الإجماع على كونه موجباً للضمان، و لكن لا بد من ملاحظة الأخبار بعد إمكان القول بكفاية التسبيب فى صحة إسناد الإتلاف أنه إذا فرض؛ مع عدمه لم يكن يتحقق التلف بوجه، و المفروض كونه فعله من دون واسطة يتحقق، الإتلاف الحقيقى المضاف الى من تحقق منه الإتلاف بالتسبيب فتدبر؛ فان ذلك لا يتم فى جميع موارد التسبيب كما سيأتى.
أمّا الرّوايات فمنها:
صحيحة الحلبى عن ابى عبد اللّه عليه السلام سألته عن الشىء يوضع على الطّريق فتمرّ به الدابّة فتنفر بصاحبها فتعقره، فقال: كل شىء يضرّ بطريق المسلمين فصاحبه ضامن لما يصيبه «۲».
و منها صحيحة زرارة عن ابى عبد اللّه عليه السلام قلت له: رجل حفر بئراً فى غير ملكه، فمرّ عليها رجل فوقع فيها فقال (ع): عليه الضمان؛ لان كل من حفر بئراً فى غير ملكه كان عليه الضّمان «۳».
و منها موثقة سماعة قال: سألت أبا عبد اللّه (ع) عن الرجل يحفر البئر

---

(۱) الجواهر ۳۷: ۴۶.
(۲) الوسائل ۱۹: ۱۸۱ ب ۹ من أبواب موجبات الضمان ح ۱.
(۳) الوسائل ۱۹: ۱۷۹ ب ۸ من أبواب موجبات الضمان ح ۱.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۵۳

فى داره أو ملكه (أرضه) فقال (ع): امّا ما حفر فى ملكه فليس عليه ضمان و أمّا ما حفر فى الطريق أو فى غير ما يملكه فهو ضامن لما يسقط فيها «۱».
و منها رواية السكونى عن ابى عبد اللّه (ع) قال: قال رسول اللّه (ص) من اخرج ميزاباً أو كنيفاً أو أوتد وتداً أو أوثق دابة أو حفر شيئاً فى طريق المسلمين فأصاب فعطب فهو له ضامن «۲».
و منها غير ذلك من الروايات الكثيرة الدالة على ضمان المسبّب بالكسر مثل المباشر للإتلاف، التى وردت جملة منها فى شاهدى

الزور اللذين شـهدا بالقتل، فقتل المشـهود عليه بسـبب هذه الشـهادة، ثمّ رجعا عنها، و مفاده: انه ان قالا بالخطإ فعليهما الدية، و إن قالا بتعمد الكذب فعليهما القصاص «۳».

ثمّ ان مقتضـى أكثر الروايات المتقدمة انحصار الحكم بالضّمان بما إذا أضـرّ بطريق المسـلمين، أو حفر البئر فى غير ملكه، فلا ضـمان فيما إذا حفر بئراً فى ملكه فوقع فيها أحـد فهلك، و إن كانت السـببيّة موجودة فى هذه الصورة؛ لأنه لو لم يحفر البئر لم يتحقق الوقوع، فلا يتحقق الهلاك بوجه، كما ان مقتضـى إطلاق الروايات عدم الفرق بين ما إذا قصد موجد السـبب لترتب المسبب و وقوعه عقيبه، و بين ما إذا لم يقصد ذلك، بل و بين ما إذا كان بقصد عدم الوقوع و برجاء العدم.

و منه يظهر الفرق بين ما إذا كان المدرك فى هذه الجهة هى الرّوايات،

---

(۱) الوسائل ۱۹: ۱۸۰ ب ۸ من أبواب موجبات الضمان ح ۱.

(۲) الوسائل ۱۹: ۱۸۲ ب ۱۱ من أبواب موجبات الضمان ح ۱.

(۳) الوسائل ۱۸: ۲۴۰ ب ۱۲ من أبواب موجبات الضمان ح ۱ و ۲.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۵۴

و بين ما إذا كان هو الإجماع، فإنّه على التقدير الثانى يكون القدر المتيقن من معقده هى صورة قصد موجد السبب لترتب المسبب و تحقّقه عقيبه، كما ان القـدر المتيقن من معقـده هو ما إذا كان مثل حفر البئر فى غير ملكه، و قـد عرفت مراراً انه لا أصالة للإجماع مع وجود نص معتبر فى معقده، فالدليل هى الرّوايات.

و ظهر ايضاً عدم انطباقها على جميع موارد السّبب؛ لاختصاص الحكم بالضمان فيها بما ذكر، هذا كلّه فيما إذا كان هناك السبب فقط.

قاعدة إقرار العقلاء

اشارة

و من القواعـد الفقهيـة المعروفـة قاعـدة «إقرار العقلاـء على أنفسـهم جائز» و المراد هو الجواز الوضـعى، بمعنى النفوذ و المضـىّ، كما سيأتى التكلم فيه إن شاء اللّه تعالى، و فى هذه القاعدة جهات من البحث:

الجهة الاولى- فى مدركها، و هو أمور:

و ينبغى التنبيه على أمور:

الأمر الأوّل- قد عرفت ان الإقرار لغة و عرفاً عبارة عن جعل الشىء ذا قرار و ثبات،

و إن الإقرار على النفس معناه تثبيت شـىء عليهـا و بضـررها، سواء كـان مالًا أو حقّا أو أمراً مسـتتبعاً لثبوت حق أو مال على النفس، كإقراره بثبوت نسبة بينه و بين غيره، و سواء كان الحق حق الناس كالدين مثلًا أو حق اللّه كالإقرار بما يوجب الحدّ من الزنا و غيره.

و لا فرق فى تحقق الإقرار على النفس بين ان يكون مدلولًا مطابقيّاً

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۷۵

للّفظ كمـا إذا قال: انا مـديون لزيـد بمائـة درهم مثلًا أو مـدلولا التزاميّاً كما إذا قال زيـد مخاطباً إيّاه: أنت مـديون لى بكـذا، فقال فى جوابه: رددت عليك دينك، فان قوله: رددت .. و إن لم يكن مـدلوله المطابقى الإقرار بثبوت الـدين، الّا ان مـدلوله الالتزامى يكون

إقراراً عنـد العرف بثبـوته، و لـذلک ترى الفقهـاء يحكمون بلزوم إقامـة البينـة على الرّد بعـد إقراره بثبوت الـدّين، و لو قـال فى جواب المدّعى: مالک علىّ دين، لم يلزم عليه إقامة البينة؛ لأنه كان منكراً، و وظيفته اليمين مع عدم إقامة المدعى البيّنة.

و بالجملة لا إشكال فى اعتناء العرف و العقلاء بالإقرار الّذى يكون مدلولًا التزاميّاً. هذا كله إذا كان الإقرار باللفظ.

و أمّا إذا كان بغير اللفظ كالإشارة كما إذا سأله الحاكم هل أنت مديون لزيد؟ فصدقه بالإشارة، فلا إشـكال فى كونه إقراراً فى الجملة و ينفـذ على المقرّ، انّمـا الإشـكال فى انه هل بينه و بين الإقرار باللفظ فرق من جهـة انه لا يعتبر فى اللفظ الّا مجرد الظهور الـذى يكون حجـة عند العقلاء فى باب الألفاظ، و يعتبر فى غيره الصـراحة بحيث لا يحتمل الغير بوجه، و لا يجرى فيه احتمال آخر أصـلًا؟ أو انه لا فرق بينهمـا أصـلًا، بـل يكون الملاـک فى كليهمـا هو الظّهور، فكمـا ان اللفـظ الظاهر فى الإقرار يكون عنـد العرف مصـداقاً لقوله «۱» (ص): إقرار العقلاـء على أنفسـهم جائز، فكـذلک الفعل الظاهر فى الإقرار كالإشارة فى المثال المـذكور، غايـة الأمر ثبوت الاختلاف بينهمـا فى الصـغرى، بمعنى ثبوت الظهور للألفـاظ نوعـاً و عـدم ثبوته للفعـل كـذلک، لأـنه يجرى فيه وجهان بل وجوه، امّا مع ثبوت الظهور كما هو المفروض-

---

(۱) الوسائل ۱۶: ۱۱۱ ب ۳ من كتاب الإقرار ح ۲.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۷۶

فلاـ فرق بينهمـا؟ الظـاهر هو الثانى، و إن كان ظاهر المحقق البجنوردى فى قواعـده «۱» الفقهيـة هو الأـوّل، ثمّ ان ما ذكرنا فى الإشارة يجرى فى الكتابة من دون فرق.

الأمر الثانى- انّک عرفت ان الإقرار ظاهره الإثبات و جعل الشىء ذا قرار،

فاذا كان الإقرار على النفس بهذه الصورة، اى: بصورة الإثبات، فلا شبهة فى نفوذه و كونه مصداقاً للقاعدة، و أمّا إذا كان بصورة النفى و الإنكار، كما إذا نفى الحق عن نفسه بعـد إقرار الطرف بثبوته له، كما إذا قال البائع مثلًا له: لک الخيار علىّ فى هـذه المعاملة الواقعة، فنفى ثبوت الخيار لنفسه، و أنكر ما أقره البائع على نفسه، أو نفى المال، كما إذا قال له ذو اليـد: هـذا المال الـذى فى يدى لک، فنفى كون المال له و أنكر ما أقرّه ذو اليد على نفسه، أو نفى النسبة، كما إذا قال ورثة الميت له: أنت شريكنا فى الإرث: لأنّک أخ لنا، فنفى الأـخوّة و كونه وارثـاً للميّت، فهـل يكون مصـداقاً للقاعـدة، و يكون النفى و الإنكـار الـذى يرجع الى الإقرار على النفس نافـذاً عليه و ممضى بضرره أم لا؟

و الثمرة بين الوجهين تظهر فى الرجوع عن هـذا الإنكار و تصـديق المقر فيما أقربه بعـده، فان كان هـذا الإنكار إقراراً على النفس، فلا يسـمع الإنكار بعد الإقرار و الرجوع عنه، كما سيأتى التكلم فيه ان شاء اللّه تعالى، و إن لم يكن إقراراً على النفس، فلا مانع من السماع بعد عدم كونه إنكاراً بعد إقراراً.

و الظاهر بملاحظة ما عرفت من لزوم الرجوع الى العرف فى

---

(۱) القواعد الفقهية ۳: ۴۹.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۷۷

تشخيص موضوع الإقرار المأخوذ فى القاعدة كون المقام ايضاً من مصاديق الإقرار، و إن كان بصورة النفى و الإنكار، و الظاهر ان هذا المقام أقرب من المـدلول الالتزامى المتقـدم الذى ذكرنا شـمول القاعدة له، و عليه فمقتضـى عموم القاعدة كون المقام ايضاً ممّا ينفذ فيه الإقرار على المقرّ.

نعم يبقى فى المقام انه فى مثل الأمثلة المتقدمة يتحقق مصداقان للإقرار على النفس، إقرار من البائع مثلًا بثبوت حق الخيار للمشترى عليه، و إقرار من المشترى كما هو المفروض بعدم ثبوت الخيار له على البائع، و كلاهما إقرار على النفس، فاللازم ان يقال بالتعارض و التساقط، كما هو مقتضى القاعدة فى كل أمارتين متعارضتين، و عليه فلا يؤخذ أىّ واحد من المقرين بإقراره.

نعم لو رجع النافى عن إقراره الذى بصورة الإنكار، و صدّق المقر الأوّل، فإن كان المقرّ الأول باقياً على إقراره أُخِذَ بمقتضى إقرار الثانى الجديد، الذى لا يكون له معارض، و إن لم يكن باقياً على الإقرار يتحقق المدعى و المنكر، فيدخل فى باب القضاء كما لا يخفى.

الأمر الثالث– لا شبهة فى انه بعد تمامية الإقرار على النفس، لا يسمع الإنكار و تكذيب الإقرار،

و الوجه فيه انه لا دليل على اعتبار هذا الإنكار بعد قيام الدليل على اعتبار الإقرار المتقدم و نفوذه، و انه من الأمارات المعتبرة عند العقلاء و الشارع، فعدم سماع الإنكار بعده انّما هو لأجل عدم الدليل على السّماع و الاعتبار، لعدم كونه من مصاديق القاعدة، و عدم دليل آخر على الاعتبار.

نعم لا بد من ملاحظة ان ذلك انّما هو فيما إذا تمّ الإقرار، و كان

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۷۸

الإنكار أمراً آخر غير مرتبط به بحسب الدلالة و الظهور؛ فاذا كان الإنكار بمنزلة القرينة المتصلة أو المنفصلة التى تكون أصالة الظهور فيها حاكمة على أصالة الظهور فى طرف ذى القرينة، فهذا لا يكون إنكاراً بعد إقرار، فإذا قال لزيد: علىّ عشرة إلّا درهماً، فليس هناك الّا ظهور واحد، و هو الظهور فى الإقرار بتسعة، و ليس استثناء الدرهم بمنزلة الإنكار بعد الإقرار بعشرة، بل لم يتحقق الإقرار من أوّل الأمر إلّا بالإضافة إلى التسعة، و لم يتحقق للكلام ظهور الّا بالنسبة إليها، فهكذا الأمثلة الأخرى، فمحلّ البحث هو ما إذا كان لكل من الإقرار و الإنكار ظهور مستقل غير مرتبط بالآخر، غاية الأمر المضادة بينهما من جهة الواقع، ففى هذه الصورة لا مجال لسماع الإنكار، بعد انه لم يقم دليل عليه، و أمّا إذا كان هناك ظهور واحد فى الإقرار على النفس، فلا إشكال فى لزوم الأخذ به كما فى المثال و شبهه.

نعم هنا شبهة و هى: انه لو فرض ان يكون للإنكار حكومة: على الإقرار و كان بمنزلة الشرح و التفسير و التوضيح له، كما فى الدليل الحاكم بالإضافة إلى الدليل المحكوم، مثل قوله (ع): لا شك لكثير الشك «۱»، الذى هو ناظر إلى أدلة الشكوك الدالة على لزوم البناء على الأكثر، و الإتيان بصلاة الاحتياط و تقييد لها بغير كثير الشك، فهل يقبل هذا التفسير و هذه الحكومة مثلًا إذا قال: ان دارى هذه لزيد، ثمّ قال بكلام منفصل: أردت من الدّار نصفها، فنصفها فقط لزيد، فهل يقبل منه هذا التفسير الذى هو بمنزلة الإنكار لما أقرّ به من كون تمام الدار لزيد، على ما هو مقتضى ظاهر الإقرار أم لا يقبل؟

---

(۱) لم نعثر عليه فى كتب الحديث و يمكن كونه قاعدة مأخوذة من سياق الروايات.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۷۹

يمكن ان يقال بالقبول؛ لعدم الفرق بين المقام الحكومة و بين الدليلين، المقتضية لتقدم الدّليل الحاكم على الدّليل المحكوم، لكونه ناظراً اليه و مسوقاً لتحديد مدلوله سعة و ضيقاً، فاللازم فى المقام ايضاً القبول بعد كون الإنكار بمنزلة الشرح و التفسير للإقرار، نعم لو كان بينهما مضادة بالكلية لما كان مجال لقبول الإنكار، كما إذا أنكر فى المثال كون الدار لزيد و لو ببعض أجزائها، و أمّا مع عدم المضادة بهذه الكيفية، فاللازم القبول.

و لكن التحقيق يقتضى عدم القبول؛ لأنّ مسألة التقنين التى تجرى فيها الحكومة و التخصيص و أمثالهما، تغاير المحاورات العادية التى

لا ربط لها بمقام وضع القانون، و الأقوى ان التخصيص الذى بلغ من الكثرة إلى حدّ قيل: ما من عامّ الّا و قد خصّ، لا يجرى فى غير مسألة التقنين بوجه؛ لأنّ الموجبة الكليّة تناقض السالبة الجزئية، و كذا السالبة الكلية تناقض الموجبة الجزئية، كما فى المنطق فاذا، قال قائل: ما لقيت من القوم أحداً، ثمّ قال مع الفصل: لقيت من القوم زيداً، فهذه مناقضة غير مقبولة عند العرف و العقلاء، و هذا بخلاف ما إذا قال فى مقام التقنين: أكرم القوم، ثمّ قال: لا تكرم من القوم زيداً.

فهذا يدلّنا على بطلان مقايسة مثل المقام بمسألة الحكومة و التخصيص و أمثالهما، الجارية فى نطاق وضع القانون و مقام التقنين، و عليه فلا يقبل الإنكار بعد الإقرار، و لو كان بصورة الشرح و التفسير و بعنوان الناظر كما عرفت.

الأمر الرّابع – [إقرار العقلاء على أنفسهم جائز]

مقتضى إطلاق قوله (ص): إقرار العقلاء على أنفسهم

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۸۰

جائز «۱»، نفوذ الإقرار على النفس مطلقا، من دون فرق بين ما إذا كان فى قبال من يدّعى ما أقرّ به، بين ما إذا لم يكن فى البين مدّع أصلًا.

و يحتمل ثبوتاً الفرق و اختصاص القاعدة بما إذا كان الإقرار فى قبال المدّعى، عليه فلو قال: ان هذه الدار التى فى يدى و تحت استيلائى لزيد، و لم يكن زيد يدعى كون الدّار له، بل يظهر الجهل و عدم العلم، فحيث لا يكون هذا الإقرار فى قبال المدّعى لا يكون بنافذ على ما هو المفروض من الاحتمال، فلو أنكر بعد ذلك و قال: هذه الدّار لى، لا يكون من الإنكار بعد الإقرار، حتى لا يسمع، بل تكون يده أمارة الملكيّة، و يجوز له التصرف فيه بما شاء. و أمّا على الفرض الأوّل فيكون هذا الإنكار إنكاراً بعد إقرار، و لا مجال لسماعة كما مرّ، عليه تكون يده ساقطة عن الاعتبار، إلّا إذا ادّعت الملكية الجديدة، و كان حصولها ممكناً، فحينئذ يمكن ان يقال باعتبار يده بناءً على تقدم أمارية اليد الفعلية على استصحاب حال اليد السابقة التى هى يد امانية بمقتضى إقراره النافذ، على ما هو المفروض، و أمّا بناء على تقدم الاستصحاب المزبور، فلا يترتب على يده الفعلية شىء، و لا تكون امارة بوجه، و يجرى مثله فيما إذا كان مستأجراً لدار (و المستأجر يده يد امانة) ثمّ ادعى انتقالها اليه بناقل شرعى، فهل يجرى حينئذٍ استصحاب يده الأمانية، أو تكون يده أمارة الملكيّة؟ فيه وجهان، و لا يبعد دعوى تقدم الاستصحاب فى مثل هذه الموارد، و التحقيق فى محلّه.

الأمر الخامس – [لزوم تسليم ما أقرّ به الى المدّعى]

لو قلنا باختصاص نفوذ الإقرار بما إذا كان فى قبال

---

(۱) الوسائل ۱۶: ۱۱۱ ب ۳ من كتاب الإقرار ح ۱۲.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۸۱

من يدّعى ما أقرّ به، فلا إشكال فى لزوم تسليم ما أقرّ به الى المدّعى و جواز التصرف له فى ذلك، بلحاظ ان مقتضى ادّعائه العلم بكونه له، و لا معارض له فى هذا الادعاء، بل صاحب اليد يقرّ بكونه له أى للمدّعى.

و أمّا لو لم نقل بالاختصاص، و قلنا بنفوذ الإقرار على النفس مطلقا، فهل يجوز لزيد مثلا الذى أقرّ صاحب اليد بكون ما فى يده له، و لا يكون هو مدّعيا أصلًا، بل يظهر الجهل و عدم العلم كما فى المثال المتقدم فى الأمر الرابع التصرف فى ذلك الشىء بمقتضى الإقرار و قيام الدليل على نفوذه مطلقا و لو لم يكن مدّعياً، أم لا يجوز له ذلك؟

يمكن ان يقال بعدم الجواز؛ لأنّ مقتضى القاعدة نفوذ الإقرار فى خصوص ما يرتبط بضرر النفس و يكون عليها، و أمّا من الجهة

الراجعة إلى نفع الغير، فلم يـدل دليل على النفوذ، ففى المثال يكون مقتضـى القاعـدة نفوذ الإقرار بالإضافة الى عـدم كون ما فى يده ملكاً للمقرّ و متعلّقاً به، و أمّا كونه ملكاً لزيد، فلا اقتضاء للقاعدة بالنسبة إليه، فلا يجوز لزيد الجاهل بكون ما فى يد المقر له التصرف فيه، بصرف الإقرار و بمجرّده و بعبارة اخرى: الإقرار بكون ما فى يده لزيد لا يكون إقراراً على النفس الّا من جهة المدلول الالتزامى و هو عدم كونه له، و دليل نفوذ الإقرار من جهة هذا المدلول لا يشـمل النفوذ من جهة المدلول المطابقى أيضاً، اللهم الّا ان يستند لجواز تصرف زيد فى المثال إلى قاعدة (من ملك شيئاً ملك الإقرار به) و لا بد من البحث فيها؛ ليظهر صحة الاستناد و عدمه.

ان قلت: انه مع عدم جواز التصرف لزيد فى المثال، كيف يتعامل

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۸۲

مع المال الذى انتزع من يد المقر بمقتضى إقراره.

قلت: يبقى امانـة فى يـد الحاكم أو المأذون من قبله، حتى يظهر المالك، و مع عدمه يتعامل معه معاملة مجهول المالك، كما فى سائر الموارد.

الأمر السادس– قد مرّ ان معنى الإقرار لغة و عرفاً هو الاخبار بثبوت شىء و جعله ذا قرار و ثبات،

و الظاهر اعتبار الجزم فى هذا الاخبار و لزوم كونه بتّاً، فلو أخبر بصورة الاحتمال و قال: انّى احتمل ان يكون ما فى يدى لزيد، لم يكن إقراراً أصلًا؛ لأـن الاحتمـال لا يجتمع مع الثبات و القرار المأخوذ فى مفهوم الإقرار و معناه، بل و كـذا لو أقر بثبوت شـىء من العين أو الـدين أو الحقّ أو أمر مستتبع لشـىء من ذلك معلّقاً على أمر؛ فإن الإقرار لا يجتمع مع التعليق، فان مرجع الإقرار إلى جعله ذا ثبات، و مرجع التعليق الى التزلزل و الابتناء على المعلّق عليه، و هـذان لاـ يجتمعـان، من دون فرق بين مـا إذا كان المعلق عليه محتمل الوقوع و التحقق كقـدوم زيد من السـفر، و بين ان يكون محقق الوجود فيما سيأتى، كطلوع الشـمس غداً، و إن كان التنافى فى الصورة الأولى أظهر منه فى الصورة الثانية.

ثمّ انّ فى مسألة الإقرار فروعاً كثيرة، وقع الاختلاف فى بعضـها من جهة شـمول القاعدة و عدمه، كما أنْ فيها مسائل أخرى غير مرتبطة بالقاعـدة، بـل بالألفـاظ المستعملة فى مقـام الإـقرار أو بجهـات اخرى كلّهـا مـذكورة فى كتـاب الإقرار، الـذى هو من الكتب الفقهية المشـتملة على أبحـاث كثيرة، و لا مجال للبحث عنها فى هـذا المقام الـذى يكون محطّ البحث فيه نفس القاعـدة المسـتفادة من السـنّة فقط، و من أحب تفصيل مسائل الإقرار فليراجع كتابه فى الفقه.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۸۳

قاعدة ضمان اليد

اشارة

و هى ايضاً من القواعد الفقهية المشهورة المستفادة من قوله (ص): و على اليد ما أخذت حتى تؤدّى «۱»، و قبل الخوض فى مباحثها لا بد من التنبيه على أمر، و هو الفرق بين هذه القاعدة و بين قاعدة اليد التى يراد بها أمارية اليد على الملكية و شبهها، فنقول:

امّا الفرق من جهة الحكم فواضح؛ ضـرورة أن المبحوث عنه هنا هو الضـمان الذى هو حكم وضـعى ثابت على تقديره بضـرر صاحب اليـد و عقوبـة له، فهو حكم ضـررى عليه، و المبحوث عنه هناك هى الأماريـة التى نتيجتها ثبوت الملكيـة لصاحب اليـد، كالبينـة التى تثبت الملكية،

(۱) سنن الترمذی ۳: ۵۶۶.

سنن البیهقی ۶: ۹۵.

سنن ابن ماجة ۲: ۸۰۲ ح ۲۴۰.

القواعد الفقهیة (للفاضل)، ص: ۸۴

أو السوق التی هی أمارة علیها، و قد تکون نتیجتها شیئاً آخر بنفع ذی الید، کما إذا کانت امرأة تحت یده و استیلائه؛ فإنه یحکم بکونها زوجة له، و کما إذا کانت العین الموقوفة تحت یده؛ فإنه یحکم بکونه متولّیا علیها مثلًا فاختلاف القاعدتین من جهة الحکم واضح.

و أمّا من جهة الموضوع، فالموضوع هنا هی الید، التی تکون معلومة من جهة کونها ید غیر المالک و غیر المأذون من قبله أو من قبل الشارع، فیعلم بکونها ید الغاصب مثلًا، و أمّا الموضوع هناک فهی الید المشکوکة، التی لا یعلم کونها ید المالک أو ید غیره و غیر المأذون من قبله أو من قبل الشارع، کما سیأتی البحث فیه ان شاء اللّه تعالی، فالاختلاف بین القاعدتین من جهة الموضوع ایضاً ثابت.

إذا عرفت ذلک، فالکلام فی القاعدة یقع من جهات:

الجهة الاولی- فی مدرک القاعدة:

فنقول: مدرکها هو الحدیث النبوی المعروف الذی رواه الفریقان و اشتهر بین علماء الإسلام نقلًا و استناداً، بحیث صار الاشتهار موجباً للوثوق بصدوره، ان لم یبلغ مرتبة القطع بالصّدور، و بالجملة بلغ مرتبة لا مجال معها للمناقشة فیه من حیث السند أو الحکم بضعفه، و هو قوله (ص): و علی الید ما أخذت حتی تؤدّی، أو تؤدّیه، رواه ابن ماجة «۱» و الترمذی «۲» و أبو داود «۳» السجستانی عن قتادة عن الحسن البصری عن

---

(۱) سنن ابن ماجة ۲: ۸۰۲ ح ۲۴۰۰.

(۲) سنن الترمذی ۳: ۵۶۶ ح ۱۲۶۶.

(۳) سنن ابن داود ۳: ۲۹۲ ح ۳۵۶۱.

القواعد الفقهیة (للفاضل)، ص: ۸۵

سمرة بن جندب عنه (ص).

هذا و قد استشکل سیدنا العلامة الأستاذ الخمینی «۱» دام ظله العالی فی کتابه فی البیع فی انجبار سند الرّوایة بعمل قدماء الأصحاب، و قال ما ملخّصه: «الظاهر من السیّد علم الهدی و شیخ الطائفة و السید ابن زهرة هو إیراده روایة و احتجاجاً علی العامّة، لا استناداً الیه للحکم، قال السیّد فی الانتصار «۲» فی مسألة ضمان الصنّاع: «و مما یمکن ان یعارضوا به؛ لأنّه موجود فی روایاتهم و کتبهم، ما یروونه عن النبی (ص) من قوله: (علی الید ما جنت حتی تؤدّیه) و ذکر الشیخ (قده) فی غصب الخلاف المسألة (۲۰) بعد عنوانها و ذکر خلاف أبی حنیفة: دلیلنا انه ثبت ان هذا الشیء قبل التغییر کان ملکه، فمن ادّعی انه زال ملکه بعد التغییر، فعلیه الدّلالة، و روی قتادة عن الحسن عن سمرة ان النبی (ص) قال: (علی الید ما أخذت حتی تؤدّیه)، و لو کان استناده الی قوله (ص) لما کان وقع للاستدلال بعدم الدلیل علی زوال ملکه، فإیراد الروایة لمحض الاحتجاج علی ابی حنیفة. و أورد فی أوّل غصب المبسوط «۳» عدة روایات من طرقهم، منها هذه الروایة، و الظاهر من نقل خصوص روایاتهم هو الاحتجاج علیهم لا الاستناد إلیها. و فی غصب الغنیة «۴»: «و یحتج علی المخالف بقوله (ص): علی الید ما قبضت حتی تؤدّی، و هو ظاهر فی عدم الاعتماد

(۱) كتاب البيع ۱: ۲۴۷.

(۲) الانتصار: ۲۲۶.

(۳) المبسوط ۳: ۵۶.

(۴) الغنية (الجوامع الفقهية): ۵۳۷.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۸۶

عليه، و لم يقع الاستدلال به فى (نكت النهاية) للمحقّق، بل الظاهر عدم وجوده فى المقنع و الهداية و المراسم و الوسيلة و جواهر الفقه، و قد استشكل الأردبيلى فى سنده.

نعم ان ابن إدريس تمسك به فى السرائر فى موارد، و نسبه جزماً الى رسول اللّه (ص)، مع عدم عمله بالخبر الواحد، ثمّ شاع الاستدلال به منذ زمن المتأخرين عن العلّامة، و كأنّه اختلفت حالاته من عصر قدماء أصحابنا إلى عصرنا؛ ففى عصر السيد و الشيخ كان خبراً مرويّاً عنهم على سبيل الاحتجاج عليهم، ثمّ صار مورد التمسك فى العصر المتأخر، ثمّ صار من المشهورات فى عصر آخر، و من المشهورات المقبولات فى هذه الأعصار، حتى يقال: لا ينبغى التكلم فى سنده، فالبناء على الاعتماد عليه مشكل».

ثمّ قال (دام ظلّه) ما ملخصه ايضاً: «و تركُ العمل به مع جزم ابن إدريس بصدوره عن رسول اللّه (ص) مع طريقته فى العمل بالاخبار، و إن أمكن ان يكون ذلك باجتهاد منه و قيام قرائن عنده، ربما لا تفيدنا علماً و لا عملًا، و اختلاف عبارات الحديث بحيث ربما يكشف عن تكرّره و تظافره، و اعتماد محققى أصحابنا عليه من بعد ابن إدريس إلى عصرنا، مع تورّعهم و التفاتهم الى ضعفه، و أنه لا بدّ من الجبر فى مثله، و هو لا يمكن الّا باعتماد قدماء الأصحاب عليه و لعلّه شهادة منهم على اتكال الأصحاب عليه مشكل آخر، و لعلّ من مجموع ذلك، من اشتهاره بين العامّة قديماً، و من إتقان متنه و فصاحته، ربما يحصل الوثوق بصدوره، و لعلّ بناء العقلاء على مثله مع تلك الشواهد لا يقصر عن العمل بخبر الثقة».

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۸۷

ثمّ قال دام ظله بعد ذلك ما خلاصته أيضاً: «فى النفس تردد؛ لان ابن إدريس، مع ما عرفت منه فى كتاب الغصب من السرائر «۱»، تمسك فى المسألة بالأصل و عدم الدليل، ثمّ قال: و يحتج على المخالف بقوله (ص): على اليد، و هذا يوجب حصول الاحتمال بأن سائر الموارد من قبيل الاحتجاج عليهم لا التمسّك به و لم أر الى الآن فيما عندى من كتب العلّامة، تمسّكه به لإثبات حكم، و إنما نقل عن ابن جنيد و ابن إدريس التمسّك به، و حدوث الاشتهار بعده لا يفيد شيئاً».

و يمكن الإيراد عليه بظهور عبارة السيّد فى الانتصار فى انه فى مقام الاحتجاج عليهم، بما هو مقبول عنده و عندهم، لا بما هو مورد لقبولهم فقط، حتى يكون من باب الجدل، و أظهر منها عبارة الشيخ فى الخلاف إذ انه فى مقام الاستدلال لما هو المختار عند الإماميّة، و الجمع بين الاستدلال بالرواية و الاستدلال بالأصل، انّما هو كالجمع فى مقام الاستدلال فى كثير من المسائل الخلافيّة بين الفريقين بإجماع الفرقة و اخبارهم، مع انه مع وجود الرواية فى المسألة، و احتمال استناد المجمعين إليها، لا يبقى للإجماع أصالة، بل الدليل هى الرواية الموجودة فيها، و لعلّ الوجه فيه عدم كون مرتبة الأصل فى مقابل الامارة منقحة بالكيفيّة المقرّرة فى هذه الأزمنة التى بلغت التحقيقات الأصولية فيها كمالها بنحو ربما يوصف علم الأصول فيه بالتضخم و نحوه خصوصاً بالإضافة إلى الامارة الموافقة للأصل كما فى هذا المقام.

و بالجملة حمل استدلال الشيخ فى الخلاف فى المسألة المذكورة على

---

(۱) السرائر ۳: ۴۸۰.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۸۸

كونها فى مقام الاحتجاج عليهم دون الاستناد و الاستدلال، لا مجال لان يصار اليه بوجه، أظهر من الجميع عبارة (الغنية)؛ إذ تسند الرواية إلى النبى (ص) و قوله، من دون ان تعبر بمثل روى أو يروونه، كما فى كلام السيّد فى الانتصار؛ فان التعبير عنها بقوله (ص) لا يكاد يجتمع مع عدم ثبوته و عدم حجيّة روايته، و قد ذكر سيدنا العلامة الأستاذ (دام ظله) فى مباحثه الفقهية مكرّراً أن الإرسال إذا كان بنحو الإسناد إلى المعصوم دون الرواية يكون حجة قابلًا للاعتماد، و عبارة الغنية من هذا القبيل.

و لعلّ جميع ما ذكر صار منشأً لجزم ابن إدريس، مع عدم قوله بحجية خبر الواحد و لو بلغ فى الوثاقة و العدالة المرتبة العليا، فإنّه من المستبعد غاية الاستبعاد ان يكون عنده قرائن خارجية لم تكن عند السابقين، مع تقدم زمانهم، شدة ارتباطهم بالأحاديث و اختلاطهم بفقهاء العامّة و محدّثيهم و قرب عصرهم، ما ذكرنا مضافاً الى الشواهد المذكورة فى كلامه (دام ظله) و إلى الجواب عما أوجب التردّد له، بما ذكرنا عن عبارة الغنية، يوجب الوثوق الكامل بصدور الرّواية، بحيث لا يبقى مجال للمناقشة فى اعتبارها و حجيّتها، و أمّا عدم تعرض جمع من كتب القدماء و المتوسطين له، فلعلّه لأجل انه لا يكون مفاد الرواية مخالفاً للقاعدة الثابتة عند العقلاء؛ لان بناءهم ايضاً على ضمان يد الغاصب و الرجوع إليه لأخذ العين أو المثل أو القيمة كما لا يخفى، و لأجل عدم المخالفة، ربما لا يرى احتياج إلى إيرادها و التمسّك بها، خصوصاً مع وجود الروايات الخاصة نوعاً فى بعض مواردها، مثل صحيحة أبى ولّاد المعروفة الآتية إن شاء اللّه تعالى فتدبّر، فالإنصاف ان الرواية معتبرة قابلة للاستناد.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۸۹

و أمّا مفادها و دلالتها التى هى عمدة البحث فى الحديث، فنقول:

لا- خفاء فى ان مفاد الحديث لا يكون هو الاخبار بحيث تكون الجملة خبرية حاكية، و إن لم يذكر فى شىء من كتب الأحاديث المشتملة على هذه الرواية، مورد و شأن نزول هذا القول، بخلاف حديث (لا ضرر) فقد كان مورده قصّة سمرة بن جندب المعروفة، فى مورد النخلة التى كانت له، و لكنه مع ذلك لا مجال لاحتمال الاخبار فى المقام؛ لانه مضافاً الى ان نفس النقل و الضبط فى كتب الأحاديث قرينة على كون مفادها حكماً إلهيّاً وضعيّاً أو تكليفيّاً، و ليس مفادها الإخبار كسائر إخبارات النبىّ (ص) المتعارفة لا وجه للحمل على الاخبار؛ لانه على هذا التقدير لا بد و إن يقال بكونه اخباراً عن أمر كلّى؛ لظهور انّ اللّام فى «اليد» لا تكون إشارة إلى العهد الذكرى أو الذهنىّ، بل هو للجنس، و مفاده الطّبيعة، و عليه فيصير المعنى بناء على الاخبار: ان ما وقع فى اليد يبقى فيها حتى تؤدّيه الى صاحبه، و هذا المعنى مضافاً الى كونه توضيحاً للواضح، لوضوح ثبوت البقاء الى ان يتحقق الأداء يكون مخالفاً للواقع فى بعض الموارد؛ لانه ربما لا يكون السبب لزوال البقاء هو الأداء، بل الإيقاع فى البحر أو إحراقه أو أمثال ذلك، فهذا الاحتمال فى غاية السقوط، إذا عرفت ذلك فنقول:

لا خفاء فى ان كلمة (على اليد) خبر مقدم و مبتدؤه الموصول فى قوله: (ما أخذت) و معناه: انّ المال المأخوذ يكون على اليد و على عهدتها، و بما انه ليس فى الحديث فعل أو شبه فعل يكون قابلًا لان يتعلّق به الظرف، فلا بدّ من تقديره، و المقدر ان كان من أفعال العموم، اى: الأفعال التى تنطبق على كل فعل و حدث صدر عن الفاعل، كاستقر أو ثبت

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۹۰

أو حصل، فالظرف ظرف مستقر، و إن كان من أفعال الخصوص، أى: الأفعال الخاصة التى لا ينطبق بعضها على بعض، للتقابل أو التخالف المتحقّق بينهما، فالظرف ظرف لغو.

إذا عرفت ذلك، يقع الكلام فى ان الظرف فى الحديث الشريف بعد خلوّه عن الفعل و شبهه هل يكون ظرفاً مستقرّاً متعلّقاً بمقدر هو من أفعال العموم، أو ظرفاً لغواً متعلقاً بمقدر هو من أفعال الخصوص؟ لا- خفاء فى انّ تقدير فعل من أفعال الخصوص مع فرض خصوصيته و عدم انطباقه على غيره لأجل التقابل أو التخالف، لا يكاد يصار اليه الّا مع ضرورة مقتضية لتقديره، و مع فرض عدم الضرورة و استقامة الكلام بدونه لا مجال لتقديره، و هذا بخلاف تقدير فعل من أفعال العموم؛ فان تقديره مع فرض انطباقه على جميع

الافعال و الإحداث و لزوم تعلق الظرف به، لا يحتاج إلى مئونة زائدة، فعند دوران الأمر بين التقديرين، يكون الترجيح للتقدير الثانى، أى: تقدير فعل من أفعال العموم، لما عرفت.

و حينئذ نقول فى المقام: انّ جعل الظرف متعلّقاً بمثل (استقر) مع كون المبتدأ نفس المال الذى أخذته اليد فى كمال الاستقامة و الملاءمة؛ لان معناه ان المال المأخوذ ثابت و مستقر على اليد حتى تتحقق الغاية، و هى أداء المال المأخوذ و ردّه الى صاحبه.

و بالجملة لا يرى فرق بين المقام و بين ما إذا قيل: زيد على السّطح، فكما انه لا مجال لدعوى الإجمال فيه بلحاظ احتمال كون المتعلق هو كائن أو مستقر أو أشباههما من أفعال العموم، و احتمال كون المتعلّق هو قائم أو ضارب أو أشباههما من أفعال الخصوص؛ لتحقق ملاك الحمل فى القضية

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۹۱

الحملية، و هو الاتحاد و الهوهوية فى كلا الأمرين؛ لاتحاد زيد مع الكائن على السطح، كاتحاده مع القائم عليه أو الضارب عليه.

و الوجه فى بطلان دعوى الإجمال الرجوع الى العرف و العقلاء فى محاوراتهم؛ فإنهم لا يرون للقول المزبور إجمالًا أصلًا، و لا يتعاملون معه معاملة المجمل؛ نظراً الى الاحتمالين، كذلك لا مجال لدعوى الإجمال فى المقام؛ لعدم الفرق بينه و بين القول المزبور، الّا فيما لا يكون فارقاً بوجه، كما ستأتى الإشارة إليه.

و كما انه لا مجال للتشكيك فى كون المتعلق فى القول المزبور هو الفعل الّذى هو من أفعال العموم؛ لانه المتفاهم عند العرف، فانّ تقدير مثل القيام و الضرب يحتاج إلى مئونة زائدة، و ليس كذلك تقدير شىء من أفعال العموم، كذلك لا ينبغى التشكيك فى المقام فى ان المتعلق المحذوف أيضاً شىء من أفعال العموم، لعدم الفرق بين المقامين إلّا فى كون القول المزبور جملة خبرية حاكية، و المقام بصدد افادة الحكم و فى مقام الإنشاء، و مرجعه الى كون الاستعلاء الذى هو مفاد كلمة «على» فى القول المزبور استعلاء خارجيّاً مشاهداً، و فى المقام استعلاء اعتباريّاً مقبولًا عند العقلاء ايضاً؛ فإنهم يعبّرون فى باب الدين بأنّ لزيد على عمرو كذا، و كذا و مرجعه الى ان الدّين ثقل على العهدة و مستعل عليه كاستعلاء زيد على السّطح، على ما فى المثال، نعم الفرق بين المقام و بين مثال الدين انّما هو فى كون الثابت على الذمة و المستقرّ على العهدة فى باب الدّين هو الأمر الكلّى، و فى المقام يكون الثابت و المستقر هو نفس المال المأخوذ، الذى هو عين من الأعيان الخارجية لا محالة، بلحاظ تعلّق الأخذ بها، و هذا لا يكون موجباً للافتراق

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۹۲

من جهة ما هو المقصود فى المقام، من إثبات حكم وضعى بمقتضى حديث «على اليد»؛ لما سيأتى من تصوير كون العين الخارجية على العهدة و ثبوتها على الذّمة، و كيف كان لا ينبغى الإشكال فى ان الظرف فى المقام ظرف مستقر، و المحذوف هو فعل من أفعال العموم.

و أمّا جعل الظرف لغواً متعلقاً بمقدر من أفعال الخصوص مثل «يجب»، فيدفعه مضافاً الى ما عرفت من ان تقدير فعل من أفعال الخصوص خلاف الأصل، و لا يصار اليه الّا مع انحصار الطريق به، و هذا بخلاف تقدير فعل من أفعال العموم، و مضافاً إلى انه لا معنى لتقدير مثل «يجب» فى المقام؛ لأنه لا معنى لتعلق الحكم التكليفى بذات المال المأخوذ، بل لا بد من تعلقه بفعل من أفعال المكلفين متعلق بالمال المأخوذ انّ فاعل «يجب» فى المقام هل هو ردّ المال المأخوذ الى صاحبه، أو حفظه من الضياع و التلف حتى يتحقق الردّ و الأداء؟

فعلى الأوّل يصير معنى الرواية و مفاد الحديث انّه يجب أداء مال الغير المأخوذ منه، و هذا الوجوب يستمرّ الى ان يتحقّق الأداء، و هذا ركيك للغاية؛ لأنه مثل قوله: تجب الصلاة حتى يصلّى.

و على الثانى يصير معنى الرّواية انه يجب حفظ مال الغير المأخوذ منه حتى يتحقق الردّ و الأداء، و هذا المعنى الذى استظهره صاحب العوائد «۱» و إن كان خالياً عن الركاكة، الّا ان الظاهر كونه مخالفاً لما تكون الرواية فى مقام بيانه و إفادته؛ لانّ المتفاهم العرفى من

الحديث كونه فى مقام بيان أمر أشدّ و اصعب من مجرّد وجوب الحفظ، و بعبارة اخرى: وجوب حفظ مال

(۱) عوائد الأيام للنراقى: ۱۱۰.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۹۳

الغير بعد كون المفروض ان الأخذ منه وقع بالقهر و القوة و بدون إذنه و رضاه كأنه لا يحتاج الى البيان بمثل هذا التعبير، ضرورة انّ الأخذ الكذائى لا يستلزم جواز المعاملة معه معاملة مال نفسه، فالعبارة انّما هى فى مقام بيان أمر كأنه عقوبة على الأخذ قهراً، و هو اشتغال الذمة، و كون المال على عهدته، و ضمانه له بنحو الحكم الوضعى، خصوصاً مع ملاحظة وقوع مثل هذه العبارة فى مقام افادة اشتغال الذمة، فيقال: لزيد على عهدتى كذا و كذا.

و هذه الاستفادة ليست لأجل مجرّد استعمال كلمة «على» الموضوعة للنسبة الاستعلائية بين الشيء و بين مدخول هذه الكلمة (ضرورة أن استعمالها فى الأحكام التكليفية فى غاية الكثرة، فيقال: يجب على زيد الصلاة و الصيام و الحج و أشباهها و قد ورد فى آية الحج قوله تعالى «وَ لِلّهِ عَلَى النّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا» «۱» فأفادت الآية الإلزام بذكر كلمة «على» خاليةً عن ذكر الوجوب و نحوه)، بل لأجل كون المبتدأ هو المال المأخوذ، فملاحظة المبتدأ تقتضى استظهار كون المراد هو الثبوت الوضعى، و كون المال ثابتاً و مستقراً على العهدة، حتى يتحقق أداؤه، و هذا أمر اعتبارى لا يكون مورداً لإنكار العقلاء ايضاً.

و قد انقدح من جميع ما ذكرنا ان الظرف فى الحديث ظرف مستقر، و مرجعه الى استقرار و ثبوت نفس المال المأخوذ على عهدة ذى اليد حتى يؤدّيه، و هذا مع انه لا يحتاج إلى إضمار ما هو خلاف الأصل كما عرفت معنى فى غاية اللطافة و الاستقامة و الملاءمة، و لا محيص من حمل الرواية

(۱) آل عمران: ۹۷.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۹۴

عليه.

ثمّ انه من الواضح انه ليس المراد من اليد هى الجارحة المخصوصة؛ لأنه ربما لا يكون للغاصب تلك الجارحة المخصوصة، كما ان الشيء المأخوذ ربما لا يكون قابلًا لأن يؤخذ باليد كالدار مثلًا فاللازم ان يقال بان المراد منه هو الاستيلاء و التسلط على شيء، سواء كان فى عالم الخارج و التكوين، أو فى عالم الاعتبار.

و استعمال اليد بهذا المعنى شائع فى المحاورات العرفية، بل فى الكتاب و السنّة فيقال: الأمر بيدى افعل ما أشاء، كناية عن ثبوت القدرة و الاستيلاء على ذلك، و فى الكتاب حكى اللّه تعالى عن اليهود قولهم «وَ قالَتِ الْيَهُودُ: يَدُ اللّهِ مَغْلُولَةٌ، غُلَّتْ أَيْدِيهِمْ، وَ لُعِنُوا بِما قالُوا، بَلْ يَداهُ مَبْسُوطَتانِ يُنْفِقُ كَيْفَ يَشاءُ» «۱» و النكتة فى العدول عن تعبير اليهود باليد بنحو المفرد بقوله «بَلْ يَداهُ» بصورة التثنية هى الإشارة إلى انه كما ان مجموع القدرة فى مثل الإنسان متحقق فى مجموع اليدين؛ لان اليد الواحدة لها بعض الاقتدار و سهم من القدرة، كذلك قدرة اللّه تبارك و تعالى على الإنفاق، انّما هى بنحو الكمال لا فى خصوص مرتبة منه، فالمراد ثبوت الاستيلاء الكامل و القدرة المطلقة له تعالى على الإنفاق، غاية الأمر انّ ثبوته و تحقّق الإنفاق توسعة و تضييقاً انّما يرتبط بمشية اللّه و إرادته حسب المصالح التى يراها.

فانقدح انّ المراد باليد فى الحديث الشريف هو الاستيلاء، و هل المراد منه نفس الاستيلاء الذى هو معنى الاسم المصدرى؟ أو انّ المراد به هو

(۱) المائدة: ۶۴.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۹۵

المستولى المتصف بصفة الاستيلاء؟ الظاهر و المتفاهم عرفاً من تعبير الحديث هو الثانى؛ أولًا: من جهة الحكم بثبوت المال المأخوذ و استقراره عليه، و من الواضح ان الحكم الشرعى انما يكون ثابتاً على المكلف من دون فرق بين الحكم التكليفى و بين الحكم الوضعى، نعم بعض الأحكام الوضعية يكون موضوعه الأعيان الخارجية، كالنجاسة الثابتة للدّم، و الطهارة الثابتة للماء، و لكن المقام لا يشبه ذلك.

و ثانياً: من جهة إسناد الأخذ إلى نفس ما يكون المال على عهدته، و من الواضح انّ الآخذ هو المستولى، و لا معنى لأخذ الاستيلاء، و حتى لو كان المراد باليد هى الجارحة المخصوصة يكون الآخذ حقيقة هو الإنسان، و اليد آلة للأخذ و وسيلة له، و إسناد الأخذ إليها لعلّه لا يكون بنحو الحقيقة.

هذا كلّه لو كانت اليد كنايةً عن الاستيلاء و السّلطة، و كان الاستعمال استعمالًا كنائيّاً، مثل استعمال كثير الرّماد، و إرادة الجود و السّخاء و الكرامة.

و يمكن ان يكون المراد من اليد فى الحديث هو «ذا اليد» نظير استعمال العين فى الربيئة الذى يكون استعمالًا استعاريّاً مرجعه الى ان الربيئة بلحاظ وصفه كأنه يكون بجميع أعضائه و جوارحه عيناً باصرة ناظرة، و قد حققنا فى الأصول ان المجازات بأجمعها، من دون فرق بين الاستعارة و غيرها لا يكون الاستعمال فيها استعمالًا للّفظ فى غير ما وضع له، خلافاً لما هو المشهور بين أهل الأدب؛ لعدم تحقق اللّطافة و الظّرافة فى استبدال لفظ مكان لفظ، من دون التصرف فى دائرة المعنى، و ثبوت نحو ادّعاء فى البين، فالمجازات بأجمعها شبيه ما يقول السكاكى فى باب الاستعارة من ان إطلاق لفظ الأسد و إرادة الرجل الشجاع لا يرجع الى

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۹۶

استبدال لفظ الرجل الشجاع بلفظ الأسد، فإن قيام لفظ مكان آخر مع قطع النظر عن المعنى يكون خالياً من الحسن، ففى قول الشاعر: قامت تظلّلنى و من عجب شمس تظلّلنى من الشمس

يكون التعجب من ان تكون الشمس بمعناها مظللة من الشمس، و إلا فالشمس التى أراد بها الشاعر محبوبه و معشوقه، لا عجب فى كونها مظلّلة، فتحقق التعجب لا يكاد ان يحصل بدون التصرف فى المعنى، من جعل المشبه فردا ادعائياً لماهية المشبّه به و حقيقته، أو أمراً شبيه ذلك، كما حققنا فى محلّه ثبوت الفرق بين ما نقول به و بين ما ذهب اليه السكاكى، و إن كان الفرق غير مهمّ.

و بالجملة كما ان استعمال العين فى الربيئة يكون استعمالًا استعاريّاً، و المراد بها هو الشخص الكذائى، يمكن ان يكون استعمال اليد فى المقام بهذا النحو، بان يكون المراد بها هو ذا اليد، بادعاء كونه بأجمعه يداً.

و على هذا التقدير لا حاجة الى تقدير ذى اليد، لكون المراد منها هو ذا اليد، بخلاف الاستعمال الكنائى على ما عرفت.

و بالجملة فمعنى الحديث الشريف: ان المال الذى استولى عليه إنسان يكون على عهدة المستولى و ثابتاً و مستقرّاً عليه، و هذا يستمرّ الى ان يتحقق أداؤه و لا يرتفع الّا به، و هذه عبارة أخرى عن ضمان المستولى للمال؛ إذ ليس معنى الضمان عرفاً الّا استقرار الشيء و ثبوته فى عهدة الضامن، فى عالم الاعتبار الشرعى أو العقلائى.

ان قلت: ظاهر الحديث على ما ذكرت ان المال الذى يتعلّق به الأخذ هو الثابت على عهدة ذى اليد، ففى الحقيقة تعلّق بالمال الخارجى

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۹۷

على ما هو المفروض أمران: الأوّل الأخذ، و الثانى الثبوت فى العهدة و الاستقرار فى الذمة، مع انّ الموجود الخارجى الذى تعلّق الأخذ به لا يمكن ان يكون فى الذمة و العهدة؛ لانّ وعاء الموجود الخارجى هو عالم الخارج، لا عالم الاعتبار؛ إذ ليس عالم الاعتبار الّا الموجودات الاعتبارية التى لا وجود لها إلّا فى عالم الاعتبار فلا يمكن ان يكون الموجود الخارجى موجوداً فى عالم الاعتبار، و إلا

يلزم انقلاب الخارج اعتباراً؛ و ذلک کما ان الموجود الخارجی لا یمکن ان یکون موجوداً فی الـذهن، و إلا یلزم انقلاب الخارج ذهناً و هو محال.

لنکرانی، محمد فاضل موحدی، القواعد الفقهیة (للفاضل)، در یک جلد، ه ق

القواعد الفقهیة (للفاضل)؛ ص: ۹۷

قلت: لا بد أوّلًا فی مقام الجواب من التعرض لبیان ماهیة الضّمان و حقیقته، فنقول: الأقوال فی تعریف الضمان و بیان معناه ثلاثة:

الأوّل ما افاده الشیخ الأعظم الأنصاری فی قاعدة «ما یضـمن بصـحیحه یضـمن بفاسده» من ان الضمان عبارة عن کون درک الشیء و خسارته علیه، فاذا تلف یقع نقصان فی ماله الأصلی للزوم تدارکه منه «۱».

و یستفاد من کلامه (قـده) بلحاظ عنوان الـدرک و الخسارة، و بلحاظ تفریع التلف: ان الضـمان أمر تعلیقی مرجعه الی اشـتغال الـذمّة بالمثل أو القیمة عند تحقق التلف، و علیه فلا یتعلق الضمان بالعین بصورة التنجیز قبل عروض التلف، و ما دامت العین باقیة موجودة، و سیأتی انّه غیر تامّ.

الثانی ما حکاه الشـیخ «۲» (قـده) و زیّفه، من ان الضـمان عبـارة عن ان یتلف المـال مملوکاً له، و مرجعه إلی انه فی مثل الغصب تعتبر ملکیة الغاصب قبل التلف قهراً علیه و علی المالک، و ملکیة المالک للمثل أو القیمة، ثمّ

---

(۱) کتاب المکاسب: ۱۰۲.

(۲) کتاب المکاسب: ۱۰۲.

القواعد الفقهیة (للفاضل)، ص: ۹۸

یتحقق تلف العین المغصوبة فی ملک الغاصب.

و ضعّفه الشیخ «۱» (قـده) بـانّ لازمه ان یکون کل مالک ضامناً لمال نفسه؛ لانه یصـدق تلف المال مملوکاً له، بل هو فی هـذه الجهة أولی من الغاصب، مع انّه لا یقال للمالک: انه ضامن لمال نفسه.

و یرد علی هـذا القول ایضاً: ان تحقق المعاوضـة القهریـة علی الطرفین من دون ان تکون تجارة عن تراض فی البین، لا یکاد یصار الیه الّا مع وجود دلیل قویّ؛ لأنه مخالف للقواعد الأوّلیة و الضوابط الثابتة فی باب المعاملات و أدلة الضـمان، مثل حدیث «علی الید» التی لا دلالة لها علی ذلک، الّا علی فرض عدم تصور معنی للضمان غیر ذلک، مع انه ممنوع جدّاً کما سیأتی.

الثالث ما أشار إلیه الأعاظم و المحققون مثل المحقق الخراسانی (قده) فی حاشـیة المکاسب «۲» من انه اعتبار عقلائی و شرعی، و مثل تلمیذه الکبیر المحقق الأصفهانی فی حاشیة المکاسب «۳».

و قـد أوضـحه تلمیـذه تلمیذه الکبیر الأخر سـیدنا الأسـتاذ العلّامة البروجردی «۴» علی مـا فی تقریرات مبـاحثه فیمـا یتعلـق بکتـاب الغصب، و توضیـحه و تقریبه: ان بحث الضـمان یغایر بحث اشـتغال الذّمـة، فالضـمان أمر و الاشـتغال أمر آخر، و الـدلیل علیه: انّ المـدیون: ذمّته مشغولة للدائن، مع انه لا یقال: انه ضامن له، فالمقترض مع اشتغال ذمته للمقرض لا یکون

---

(۱) کتاب المکاسب: ۱۰۲.

(۲) حاشیة المکاسب للمحقق الخراسانی: ۱۷.

(۳) حاشیة المکاسب للمحقق الأصفهانی ۲: ۷۴، ۷۶.

(۴) كتاب الغصب مخطوط.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۹۹

ضامناً له، و السرّ فيه: ان اشتغال الذمة لا بد ان يكون بأمر كلّى و هو المثل أو القيمة، فالذمة تكون بمنزلة الذهن الذى توجد فيها الماهية، فالماهية الكلية تتشخص بوجودها فى الذهن، فالموجود فيه أمر كلّى، و هكذا الذمة؛ فإن اشتغالها انّما هو بأمر كلّى، و أمّا العهدة فهى متعلقة بالموجود فى الخارج مع وصف وجوده فى الخارج، فالعين المأخوذة فى الحديث قد تعلقت العهدة بها، و يعبرون عن العهدة و الضمان فى الفارسيّة ب «عهده دارى»، كما فى الكفالة التى هى التّعهد بالإضافة الى إنسان خاص و شخص معيّن، و يترتب على هذا الضمان الذى هو حكم وضعى اعتبارى حكمان تكليفيان: أحدهما وجوب ردّ العين ما دامت باقية، ثانيهما وجوب ردّ بدلها مثلًا أو قيمة بعد تلفها و انعدامها، و مجموع هذين الحكمين لا يكون فى غير مورد الضمان، و عليه فلا مجال للتفكيك بينهما و جعل وجوب ردّ العين مع بقائها فى مورد غير الضمان أيضاً كالأمانة؛ إذ يجب على الأمين ردها الى صاحبها دليلًا على عدم ثبوت الضمان مع بقاء العين، كما يظهر من سيدنا العلامة الأستاذ الامام الخمينى (دام ظله العالى) فى كتابه فى البيع «۱».

فان اللازم كما عرفت ملاحظة مجموع الحكمين، أ لا ترى انّ جواز التصرف فى مورد الإباحة لا يكون دليلًا على عدم ثبوت الملكية التى يترتب عليها جواز التصرف أيضاً؛ فإنّ امتياز الملكية انّما هو بمجموع الآثار التى لا يوجد فى غيرها، فانّ منها الانتقال الى الوارث بعد الموت، و تعلّق مثل الخمس ببعض مواردها، و شبههما، مما لا يوجد فى غيرها حتى الإباحة المطلقة التى يجوز معها التصرف مطلقا، حتى التصرفات النّاقلة.

---

(۱) كتاب البيع ۱: ۲۵۴، ۲۶۲.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۱۰۰

و بالجملة فما يترتب على الضمان مجموع الحكمين الذى لا يكون فى غير مورد الضمان أصلًا.

و عليه فالاتحاد و الهوهوية المعتبرة فى القضية الحملية فى قوله: ما أخذت اليد عليها، انّما هو باعتبار كون الموجود الخارجى نفس ما تعلّق به هذا الأمر الاعتبارى الّذى هو الضمان، فلم يتحقق اتحاد الأمر الخارجى مع الأمر الاعتبارى، بل الاتحاد بين الأمر الخارجى و بين كونه متعلقاً للأمر الاعتبارى، فالمقام نظير قوله: هذه الدار مستأجرة؛ فإنه لا خفاء فى تحقق ملاك الحمل فيها، مع كون الاستيجار امراً اعتبارياً؛ لان الاتحاد انما هو بين الدار و بين كونها متعلقة للاستيجار المتعلق بالدار الخارجية، كما هو واضح.

ثمّ انه ذكر سيدنا الأستاذ «۱» (قدّس سرّه) انه قد يتعلق الضمان بالكلى الذى له موطن آخر غير ذمة الضّامن، و أثره حينئذ جواز مطالبة المضمون له الضامن بذلك الكلّى ان لم يقدر على استيفائه و أخذه من المضمون عنه «المديون» و ليس أثره عند العقلاء و العرف مجرد اشتغال ذمة الضامن للمضمون، و لكن استقر مذهب الإماميّة فى كتاب «الضمان» على ان المراد به هناك هو انتقال الذمّة و تحقق الاشتغال للضّامن فى ظرف خاص، و منشؤه دلالة الأدلة الخاصة و الروايات المعتبرة عليه، و عليه فما هو مذهبنا فى باب الضمان مخالف لما هو مقتضاه بنظر العقلاء.

امّا فقهاء العامة، فلأنهم لا يرون اعتباراً للروايات التى أشير إليها، فقد ذهبوا الى ان المراد بالضمان فى كتاب الضمان هو ما عليه العقلاء، و قالوا: انه عبارة عن ضمّ ذمة إلى ذمّة أخرى و ليس مرادهم بذلك

---

(۱) كتاب الغصب مخطوط.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۱۰۱

ثبوت المال فى ذمة شخصين كما إذا كان له دين على رجلين؛ ضرورة عدم استحقاق الدائن أكثر من مال واحد و دين فأرد، لا يمكن

ثبوته فى ظرفين، و إنما مرادهم من الذمة التى أضيف إليها الضمّ هو العهدة التى هى معنى الضمان حقيقة، و مرجعه الى ضم العهدة إلى اشتغال الذمة و عدم تحقق البراءة للمديون بمجرد تحقق الضمان، ففى الحقيقة يكون فى البين اشتغال و عهدة و قد تعلق الأول بالكلى؛ لأن الثابت فى الذمة لا يكون الّا كلّياً، و الثانى بما اشتغلت به ذمة المديون مع وصف اشتغال الذمة به؛ لانه يصير حينئذ متشخّصاً، لان الاشتغال و إن كان بأمر كلى لكن الكلى المشتغل به ذمة المديون لا يكون كليّاً، فهو نظير الماهية الموجودة فى الذهن؛ فإن الماهية و إن كانت كليّة الّا انها بوصف وجودها فى الذهن لا تكون إلّا جزئية.

ثمّ ان الظاهر عدم تحقق الضمان بالمعنى الذى ذكرناه فى العقد الصّحيح، خلافاً للشيخ الأعظم (قده) فإنه حين فسّر الضمان بالنحو الذى عرفت، ذكر ان العقد الصحيح فيه ضمان غاية الأمر ان الضمان الثابت فيه هو الضمان بالمسمى، و مرجعه إلى انه على تقدير تلف المبيع فى يد المشترى الضامن يكون دركه و خسارته عليه، غاية الأمر ثبوت الخسارة بمقدار الثمن، سواء كان مساوياً للقيمة الواقعية أو مخالفاً لها.

و خلافاً للمحقق الأصفهانى «۱» (قده) فإنه مع تفسيره الضمان بالنحو الذى ذكرناه، أفاد انه قد يكون بتسبيب من الشخص كما فى مطلق المعاوضات لتعهد كلّ منهما و التزامه بأخذ المال ببدله، و لذا عبّر عنه بضمان

---

(۱) حاشية المكاسب للمحقق الأصفهانى: ۷۶.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۱۰۲

المعاوضة، قال: فليس مجرد كونه ذا عوض أو مملوكاً بعوض مناط الضمان، بل تعهد أخذه ببدله هو المناسب للضمان.

هذا و لكن الظاهر عدم إطلاقه بنحو الحقيقة فى المعاوضات الصحيحة، و إطلاقه عليها فى قاعدة «ما يضمن» لا دلالة له على ذلك، لعدم كون القاعدة بالعبارة المعروفة مما دلّ عليه آية أو رواية أو إجماع، و لذا اعترض أكثر محشّى المكاسب على الشيخ الأعظم (قده) بلحاظ جعل البحث فى مفردات القاعدة مهمّاً نظراً؛ الى ما ذكرنا.

و عدم كون الإطلاق فيها على تقدير الإغماض عمّا ذكرنا حقيقيّا؛ لانه يحتمل ان يكون من باب المشاكلة، كما فى آية «۱» الاعتداء، و قد صرح بذلك المحقق الخراسانى «۲» (قده) فى تعليقة المكاسب.

هذا مضافاً الى ان لازم ذلك التفصيل فى أموال المالك من جهة إطلاق الضمان، فان كان منتقلًا إليه بالإرث و نحوه لا يقال: انه ضامن له، و إن كان منتقلًا اليه بالبيع و نحوه من المعاوضات يقال: هو ضامن له، مع ان التفصيل بهذا النحو خلاف ما عليه العقلاء، كما لا يخفى.

ثمّ انه ذكر سيدنا العلامة الأستاذ الخمينى (دام ظله العالى) فى تحقيق معنى الضمان كلاماً ملخّصه «۳»: «ان الضمان المعهود المغروس فى أذهان العقلاء هو عهدة الغرامة و الخسارة، ففى المثلى بالمثل، و فى القيمى بالقيمة يوم الإتلاف، و إن ضمان العين بمعنى ان نفس العين على عهدة الضامن فى

---

(۱) البقرة: ۱۹۴.

(۲) حاشية المكاسب للمحقق الخراسانى: ۱۷.

(۳) كتاب البيع ۱: ۳۴۳.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۱۰۳

المثليات و القيميات خلاف المتعارف و المعهود عندهم، و فى مثله لا بد من ورود دليل صريح مخالف لبنائهم و ديدنهم، و أمّا مثل ما ورد فى باب الضمانات كضمان اليد و الإتلاف كحديث اليد و غيره، فلا ينقدح فى ذهن العرف و العقلاء منه ما يخالف بناءهم فى

الضـمانات، فلا یفهم من «علی الیـد ما أخـذت» ان نفس المأخوذ حال التلف فی العهـدهٔ، فضـلًا عن سائر الروایات و فی قوله: «علیه ما أصابت الدابـهٔ بیـدها أو رجلها، إذا بنی علی وقوع ما أصابت الدابـهٔ علی العهـدهٔ، یکون ذلک امراً مسـتنکراً عنـد العرف، فحمل تلک الروایات علی کثرتها علی الضمان المعهود المغروس فی أذهان العقلاء حمل قریب جدّاً موافق لفهم العرف و العقلاء».

و قال «۱»: «بـل الظاهر من حـدیث الیـد غیر ما افاده المحققون، ممّا لازمه التعرض لأداء التالف حتی یلزم بأن أداء المثل و القیمـهٔ أداء للشیء بنحو کما أشرنا إلیه. و التحقیق ان الغایهٔ المذکورهٔ فیه غایهٔ للضمان و العهدهٔ فی زمان وجود العین؛ فان قوله (ص): علی الید ما أخـذت، یراد منه ان الآخـذ ضامن للمأخوذ، بمعنی انه لو تلف تکون خسارته علیه، و غایهٔ هذا الأمر التعلیقی، أی: عهدهٔ الخسارهٔ علی فرض التلف هو أداء نفس العین لیس إلّا».

أقول: یرد علیه مضافاً الی ما عرفت من الفرق بین الثبوت علی العهـدهٔ الـذی هو معنی الضـمان و بین اشـتغال الذمّهٔ بالمثل أو القیمهٔ، و إلی ان الظّاهر انه لا فرق عنـد العقلاء و العرف فیما یرجع الی معنی الضـمان بین صورهٔ وجود العین و صورهٔ تلفها و انعـدامها بحیث یکون معنی الضمان فی

---

(۱) کتاب البیع ۱: ۳۴۴.

القواعد الفقهیهٔ (للفاضل)، ص: ۱۰۴

صورهٔ البقاء ثبوت نفس العین علی العهـدهٔ، و فی صورهٔ التلف ثبوت المثل أو القیمـهٔ علی العهـدهٔ، بحیث یکون ثبوت نفس العین فی هـذه الصورهٔ مخالفـاً لنظر العرف، ان ظـاهر قوله: «من أتلف مـال الغیر فهو له ضـامن» فرض الضـمان فی صورهٔ التلف مع إضـافته إلی المتلف بالفتـح و لا معنی له الّا کون العین بوجودها الاعتباری بعـد التلف ثابتهٔ علی عهدهٔ المتلف بالکسـر فالتعبیر بالضـمان فی قاعدهٔ الإتلاف یرشـدنا الی عـدم کون ضـمان العین محدود ببقائها و عدم تلفها، بل هو ثابت بعد التلف ایضاً، و لا یجتمع ذلک الّا مع اعتبار بقاء العین و ثبوتها علی العهـدهٔ بعد التلف ایضاً، و جعل الأداء فی حدیث «علی الید» غایهٔ للضـمان فی زمان وجود العین فقط، یوجب حمل الحدیث علی التعرّض لبعض ما یتعلق بضمان العین المأخوذهٔ، و هو خلاف الظاهر جدّاً، کما لا یخفی.

و خلاصـهٔ ما یرد علی سـیدنا الأسـتاذ «دام ظله العالی» انّ الضـمان بالمعنی الـذی أفاده، و هو عهـدهٔ الخسارهٔ، هل هو أمر تعلیقی و هو عهـدهٔ الخسـارهٔ لو تلف، بحیث تکون التعلیقیـهٔ دخلیـهٔ فی مـاهیّته و حقیقته، حتی لو فرض تحقق المعلق علیه لا تبقی ماهیـهٔ الضـمان، کـالواجب المشـروط مثـل الحـجّ، فان اتصافه بکونه واجباً مشـروطاً انّما هو فیما إذا لم یتحقق شـرطه، و هو الاسـتطاعهٔ فی المثال، فاذا تحقق الشـرط یصـیر واجباً مطلقاً فعلیّاً، و فی المقام لا بد ان یقال بالضـمان ما دام لم یتحقق التلف، فاذا تحقق و صارت العهدهٔ منجزهٔ، یخرج عن الضـمان، و علیه فاللازم ان یقال بأنه لا مجال للحکم بالضـمان فی صورهٔ التلف، مع ان قاعـدهٔ الإتلاف صـریحهٔ فی إثبات الحکم بالضمان بعد تحقق التلف، بسبب الإتلاف؛ فإن الإتلاف فی رتبهٔ

القواعد الفقهیهٔ (للفاضل)، ص: ۱۰۵

السبب، و الضـمان فی رتبـهٔ المسـبب و متفرع علیه، مضافاً الی ما عرفت من انه لا فرق عنـد العقلاء و العرف بین صورهٔ وجود العین و صورهٔ تلفها فی الحکم بالضمان، بل فی کون الضمان بعد التلف نفس الضمان قبله و بمعناه من دون تغیّر فی معناه أصلًا.

و إن کان مراده من الضـمان نفس عهدهٔ الخسارهٔ من دون التعلیق علی التّلف، و علیه فهو ثابت بعد التلف ایضاً، فنقول: لا بدّ علی هذا الاحتمال من حمل الضـمان فی قاعـدهٔ الإتلاف المفروضـهٔ بعد التلف، علی کون المراد به مجرد عهدهٔ الخسارهٔ، مع انه من الواضح ان عهـدهٔ الخسارهٔ حینئذ لا تکون معنی مغایراً لاشـتغال الذمهٔ بالمثل أو القیمهٔ؛ لعدم الفرق بین الأمرین إلّا فی مجرّد التعبیر و اللفظ؛ إذ لا معنی لعهدهٔ الخسارهٔ غیر الاشـتغال المزبور، و علیه فاللازم إطلاق الضمان فی موارد اشتغال الذمهٔ بالمثل أو القیمهٔ، کما فی القرض، و نحوه مع انک عرفت مغایرهٔ الضـمان للاشـتغال عنـد العقلاء؛ فان ما علی الذمـهٔ انّما هو أمر کلّی، و الضـمان متعلّق بالأمر الجزئی، و لا

يطلق أحـد العنوانين على الأخر، فلا يقال للمديون انه ضامن، و لا يقال للضامن انه مديون و مشغول الذمّة، و لو بعد تحقق التلف كما فى مورد قاعدة الإتلاف، اذن فلا محيص عن ان يقال فى مفاد حديث «على اليد» بعد فرض دلالته على الضمان، بكون العين المأخوذة متعلقاً للعهدة فى كلتا الحالتين، حالة الوجود و حالة التلف، غاية الأمر انه بعد التلف يعتبر بقاء العين عند العقلاء و كونها متعلّقاً للعهدة، و لا مانع من كون الموضوع للأمر الاعتبارى و هو الضمان امراً اعتباريّاً آخر، كالأحكام التكليفية الثابتة فى موارد الأحكام الوضعية، مع اشتراكهما فى الاعتبار و الجعليّة.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۱۰۶

و منه يظهر انّ أداء العين المجعول غاية للضمان فى الحديث مطلقا، انّما يتحقق بأدائها بنفسها مع بقائها، و بالمثل أو القيمة مع التلف، فإنه بعد فرض ثبوتها على العهدة، و تعلق الضمان بنفسها بعد التلف ايضاً، لا يفرض له أداء الّا أداء مثلها أو قيمتها كما هو كذلك عند العقلاء، فإنه مع عدم إمكان أدائها بجميع جهاتها من المزايا الشخصية و النوعية و المالية، ينتقل الى المراتب النازلة مرتبة بعد مرتبة، الى ان يتحقق أداؤها بخصوص المرتبة المالية التى هى العمدة فى أغراض العقلاء فى باب الأموال.

و مما ذكرنا ظهر الجواب عن النراقى فى عوائده «۱» إذ استظهر ان الغاية هى أداء نفس العين، و هو لا يتحقق الّا بحمل الحديث على وجوب الحفظ دون الضمان، فتدبّر.

إذا ظهر ذلك يظهر ان تفسير الحديث بالمعنى الذى عرفت، و هو افادة الضمان و الثبوت على العهدة، لا يتوقف على تقدير كلمة «الضمان» كما تخيله النراقى (قدس سرّه) فى عوائده «۲» إذ جعل الضمان رديفاً للحفظ أو الردّ على تقدير كون المقدّر هو الوجوب الذى هو من أفعال الخصوص، فاستشكل فى ترجيحه؛ إذ قال ما ملخصه: ان الاستدلال بالحديث على ضمان المثل أو القيمة بعد التلف انّما هو على فرض تقدير الضمان الشامل لردّ العين مع البقاء و المثل أو القيمة بعد التلف، و لا دليل على تعيينه أصلًا، و استدلال الفقهاء و احتجاجهم على الضمان خلفاً بعد سلف و فهمهم ذلك، لا يدلّ على انه كان لهم قرينة على تقديره خفيت علينا؛ لانه مضافاً الى

---

(۱) عوائد الأيام: ۱۱۰.

(۲) عوائد الأيام: ۱۰۹.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۱۰۷

انه لم يعلم ذلك من جميع الفقهاء و لا أكثرهم، و إن علم من كثير منهم لا يدلّ على انه لقرينة تقدير الضمان، بل لعلّه لاجتهادهم تقدير جميع المحتملات عند عدم تعيين المقدّر، أو لمظنّة شيوع تقديره، أو لدليل اجتهادى آخر و نمنع كون المتبادر من هذا التركيب إثبات الضمان كما يظهر بالرجوع إلى أمثال هذا التركيب التى ليس الذهن فيها مسبوقاً بالشبهة، مع انه على فرض التسليم لا يفيد، لأصالة تأخر حدوث التبادر، بعد عدم كون ذلك من مقتضى الوضع اللغوى لهذا التركيب.

و قد ظهر مما ذكرنا ان حمل الحديث على الضمان و تفسيره به لا يحتاج الى تقدير الضمان؛ لان معنى الضمان هو نفس الثبوت على العهدة و الاستقرار فى الذمة، الذى هو وجود و ثبوت فى عالم الاعتبار و وعائه، و هذا بخلاف ما لو كان المتعلق للظرف هو «يجب» الذى هو من أفعال الخصوص؛ فإنه حينئذ يلزم تقدير الردّ أو الحفظ؛ لعدم إمكان تعلّق الوجوب بالأعيان الخارجيّة.

كما أنه مما ذكرنا ظهر بطلان ما أفاده فى ذيل كلامه ايضاً، من ان أداء المثل أو القيمة ليس أداء ما أخذت، بل أداء شىء آخر، و إطلاق الأداء على أداء غير ما أخذت غير صحيح، فلا يكون حتى تؤدى غاية للضمان فى صورة التّلف.

و الوجه فيه ما ذكرنا من انه كما ان ثبوت المال على العهدة يكون فى وعاء الاعتبار الذى يتفق فيه العقلاء و الشارع، كذلك غاية هذا الأمر الاعتبارى هو الأداء الذى له مراتب، فان كانت العين موجودة غير تالفة، فالأداء لا يتحقق إلّا بأدائها نفسها، و إن صارت تالفة

فأداؤها بأداء مثلها

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۱۰۸

ان كانت مثلية، أو قيمتها ان كانت قيميّة، و بالجملة أداء المثل مرتبة من أداء ما على العهدة، و هى العين الخارجية، غاية الأمر انه لا ينتقل الى هذه المرتبة إلّا بعد تعذر أداء العين بنفسها، كما ان أداء القيمة أيضاً مرتبة من أداء العين ينتقل إليها بعد تعذر أدائها بنفسها و بخصوصياتها النوعية، فدعوى خروج المرتبتين الأخيرتين عن دائرة أداء العين ممنوعة جدّاً، و عليه تكون كلمة حتى تؤدى شاملة لجميع المراتب.

ثمّ ان مقتضى ما ذكرنا من كون مفاد الحديث هو مجرد الحكم الوضعي، و هو الضمان الذى يستمرّ الى ان يتحقق الأداء، انه لا دلالة لهذا الحديث على لزوم حفظ المال المأخوذ، كما انه لا دلالة له على لزوم ردّه و وجوبه بعنوان الحكم التكليفي؛ لأن هذا الوجوب و إن كان ثابتاً الّا ان الدليل عليه كونه أثراً للضمان كما عرفت و جعل الأداء غاية للضمان لا دلالة له على وجوبه بعنوان الحكم التكليفى ابتداء، بل غايته ارتفاع الضمان بسببه، فيرتفع الحكم التكليفى المترتّب عليه لا محالة.

الجهة الثانية- فى حدود الحكم بالضمان المستفاد من القاعدة:

و البحث فى هذه الجهة تارة من جهة ان اليد المحكوم عليها بالضمان بعد وضوح عدم شمولها ليد المالك، لانه لا معنى لكونه ضامناً لمال نفسه، هل هى مطلق اليد و لو كانت مأذونة من قبل المالك، كيد الوكيل مثلًا أو المستأجر فى باب الإجارة، أو من قبل الشارع كما فى اللقطة مثلًا غاية الأمر خروج هذه الموارد عن القاعدة بالتخصيص، أو تختص بما إذا لم تكن مأذونة لا من قبل المالك، و لا من طرف الشارع، و أخرى من جهة شمول الحكم بالضمان للمنافع المستوفاة بل غير المستوفاة أيضاً و عدمه،

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۱۰۹

و اختصاصه بالأعيان و ثالثة من جهة شمول الموصول للحرّ و شبهه و عدمه، و رابعة من جهة الشمول للأوقات و عدمه، و خامسة من جهة المراد من الأداء المجعول غاية. فنقول:

امّا من الجهة الأولى فالظاهر الاختصاص، و ذلك لانّ كلمة اليد و إن كان المراد بها مطلق الاستيلاء الّا انّ تقييد المضمون بتوصيفه بالأخذ، يخرج اليد المأذونة، لظهور كلمة «الأخذ» فى الأخذ بالقوة و بالقهر، أى: الأخذ من دون رضا، و قد مرّت الإشارة إلى الفرق بين كلمة «الأخذ» و بين كلمة «القبض»؛ فان الظاهر كون الثانية أعمّ من الاولى، و الشاهد ملاحظة موارد الاستعمالات العرفية، كعدم تعاهد استعمال كلمة «الأخذ» فى قبض المبيع من البائع مثلًا حتى فى المقبوض بالعقد الفاسد، فاستعمال هذه الكلمة يشعر، بل يدلّ، على انحصار الحكم بالضمان بما إذا صدق الأخذ، و هو ما إذا لم يشتمل على رضا المالك أو اذن الشارع.

و لو أغمض النظر عما ذكرنا و قلنا بإطلاق كلمة «الأخذ» و شمولها للأخذ بالرّضا ايضاً، فلا شبهة فى انصراف الحديث عن مثل هذا الأخذ؛ لأنه لا يفهم منه الحكم بضمان مثل الوكيل و المستأجر و الملتقط ايضاً، و ليس الانصراف بدويّاً حتى لا يكون معتبراً، و عليه فخروج الأمين الذى لا- يكون ضامناً الّا مع التعدى أو التفريط، لا- يكون بنحو التخصيص حتى يستشكل فيه بإباء القاعدة عن التخصيص، مع أن فى هذا الاستشكال ايضاً نظرا كما عرفت سابقاً فى قاعدة عدم ضمان الأمين، فراجع.

نعم يبقى فى المقام انه على فرض التخصيص أو التخصّص، هل يكون الباقى تحت الحديث، و المقدار الذى تدل القاعدة على الضمان فيه هل هو

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۱۱۰

خصوص اليد العادية؟ أى: اليد التى حكم عليها بالحرمة؛ لأجل العدوان، و هى اليد الموجودة فى باب الغصب، لأنه عبارة عن الاستيلاء على مال الغير عدواناً، و عليه فتنطبق القاعدة على الغصب، و لا مجال للاستناد بها فى غير كتاب الغصب؟ أو ان الباقى تحت

القاعدة مطلق اليد غير المأذونة من قبل المالك و الشارع؟ فتدل على الضمان فى غير مورد الغصب ايضاً، كما فى المقبوض بالبيع الفاسد، سيّما مع جهل الطرفين بفساد البيع فان اليد فيه لا تكون عادية بوجه، و مع ذلك لا تكون مأذونة من قبل المالك أو الشارع، و دفع البائع للمبيع مع رضاه و طيب النفس، لا دلالة فيه على اذن المالك؛ لان الدفع انّما هو بعنوان كون المشترى مالكاً له، لا بعنوان ان البائع مالك، و هو يأذن للمشترى فى التصرف، كما لا يخفى. و كما فيما إذا اعتقد ان مال الغير مال نفسه اشتباهاً، فان اليد عليه لا تكون يداً عادية، و لا مأذونة أصلًا.

و التحقيق: انه ان قلنا فى الحديث بالتخصص الناشئ من الانصراف، فهو تابع لدعوى الانصراف، و إن مدّعيه هل يقول بالانصراف الى خصوص اليد العادية، أو الى الأعم منها و من اليد غير العادية و غير المأذونة؟

و أمّا ان قلنا بالتخصيص، فاللازم اقامة الدليل عليه فى مقابل عموم القاعدة أو إطلاقها، و قد ورد الدليل فى موارد ثبوت الاذن من المالك، كما فى الموارد المتقدمة، أو من الشارع كما فى الموارد التى أشير إليها، و قد ورد فى مورد الأمين روايات تدل على عدم ضمانه مع عدم التعدى أو التفريط، و أمّا فى مورد المقبوض بالبيع الفاسد و مثله، و فى المورد الآخر

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۱۱۱

الذى ذكرنا، فلم يرد دليل على التخصيص و التقييد، و اللازم الرجوع الى أصالة العموم أو الإطلاق.

و لو فرض ان يكون المخصص واحداً عنواناً بحسب الواقع، و دار امره بين الأقل و الأكثر، و انه هل هو عنوان اليد غير العادية، أو عنوان اليد المأذونة؟ فاللازم الاقتصار على القدر المتيقن، و الرجوع فى الزائد الى الأصل المذكور، كما إذا تردد أمر الفاسق عن عموم وجوب إكرام العلماء، بين ان يكون خصوص مرتكب الكبيرة، أو أعم منه و من مرتكب الصغيرة، و الفرق بكون عنوان الخارج معلوماً فى المثال، غاية الأمر الشك فى معناه و ثبوت الشبهة فى مفهومه، بخلاف المقام إذ لا يعلم الخارج بعنوانه كما ذكرنا، لا يكون فارقاً فى الحكم و فى لزوم الرجوع فى الزائد المشكوك إلى أصالة العموم أو الإطلاق، فانقدح انه لو بلغت النوبة إلى التخصيص، لا دليل على أزيد من خروج اليد المأذونة، و يبقى الباقى تحت القاعدة، و عليه فيجوز التمسك بها فى باب المقبوض بالبيع الفاسد ايضاً، كما فعله الشيخ الأعظم الأنصارى (قده) فى المكاسب «۱».

و أمّا من الجهة الثانية فنقول: امّا المنافع المستوفاة، فالظاهر انه لا إشكال فى ضمانها، لا لشمول قاعدة حرمة مال المسلم كحرمة دمه، و إن مال المسلم لا يحلّ الّا بطيب نفسه؛ لانّ البحث انّما هو فى ضمانها بملاحظة قاعدة ضمان اليد، لا بملاحظة مطلق القواعد، مع انه فى دلالة مثل قوله (ع) لا يحلّ مال امرئ مسلم «۲» .. على الضمان تأمل و إشكال، بل لأجل انها

---

(۱) كتاب المكاسب: ۱۰۴.

(۲) الوسائل ۱۹: ۳ ب ۱ من أبواب القصاص فى النفس ح ۱.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۱۱۲

ايضاً مال مأخوذ، امّا كونها مالًا، فلانه يبذل بإزائها المال فى باب الإجارة، و قد شاع تفسير الإجارة بأنها تمليك منفعة معلومة بعوض معلوم، فالعوض يقع فى مقابل نفس المنفعة، و أمّا اتصافها بكونها مالًا بكونه مأخوذاً، فلأجل تحقق الاستيلاء عليها، غاية الأمر ان وقوعها تحت اليد انّما هو بتبع وقوع العين تحتها، و لذا يقولون: إن قبض المنفعة فى باب الإجارة بناء على التفسير المزبور و إن كان على خلاف التحقيق انّما هو بقبض العين، فهى أيضاً مأخوذة و مقبوضة، غاية الأمر بتبع أخذ العين و قبضها، فالقاعدة تشمل المنافع المستوفاة.

و ممّا ذكرنا تظهر دلالة القاعدة على ضمان المنافع غير المستوفاة أيضاً؛ لأن الاستيفاء لا دخل له فى صدق الأخذ؛ فإن الأخذ تعلّق بالمنافع بتبع تعلقه بالعين، سواء استوفاها كما إذا سكن فى الدار المأخوذة، أم لم يستوفها كما إذا لم يستفد من الدار المأخوذة شيئاً.

نعم ذكر المحقق الأصفهانى «۱» (قده) فى حاشية المكاسب إشكالًا فى شمول القاعدة للمنافع، و هو: انه لا تصدق التأدية فى المنافع مطلقا، و ظاهر قوله: حتى تؤدى، كون عهدة المأخوذ مغياةً بأداء نفس المأخوذ، و المنافع لتدرّجها فى الوجود لا أداء لها بعد أخذها فى حدّ ذاتها، لا كالعين التى لها أداء فى حدّ ذاتها، و إن عرضها الامتناع ابتداءً أو بقاءً، و فرض اتحاد الموجود التدريجى مع المنفعة، فيصدق الأخذ بالاستيلاء على طرف هذا الواحد، و الأداء بأداء طرفه الآخر، لا يكاد يفيد شيئاً؛ لأن المراد ضمان الفائت أو المستوفى، فاداء ما لم يفت و لم يستوف، غير مجد فى ارتفاع ضمان

(۱) حاشية المكاسب للمحقق الأصفهانى ۱: ۷۸.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۱۱۳

المأخوذ باستيفائه أو بالاستيلاء عليه مع فواته.

و يمكن الجواب عنه بأنه تصدق التأدية فى المنافع مطلقا، امّا ابتداءً فكما ان أخذها انّما هو بتبع أخذ العين فكذلك أداؤها انّما هو بأداء العين، و لذا يصدق فى باب الإجارة ان المالك اقبض المنفعة بإقباض العين، فاقباضها انّما هو بالتبع، و أمّا استدامة فلا بد من تنزيله منزلة تلف العين، فكما أنّ الأداء فى صورة التلف انّما يتحقق بأداء المثل أو القيمة، فكذلك أداء المنافع انما يتحقق بأداء عوضها، و لا دلالة فى الحديث على اختصاص الحكم بما إذا أمكن تحقق الغاية، و هو الأداء بقاءً بالإضافة إلى نفس المال المأخوذ، حتى يقال بخروج المنافع عن ذلك؛ لعدم إمكان صدق الغاية بالإضافة إلى نفسها بقاءً، بل يكفى إمكان تحقق الغاية كذلك و لو ابتداءً، مضافاً الى ان بعض الأعيان أيضاً لا تجرى فيه الغاية بقاءً، كالعين التى تتلف تدريجاً، كالثلج فى الصيف؛ فإنه لا يمكن أداؤها بقاءً بعد فرض كونها فى حال الذوب و الانعدام، و دعوى خروج مثلها عن القاعدة ممنوعة جدّاً كما لا يخفى، فالإنصاف انه لا مجال لإخراج المنافع مطلقا عن مورد القاعدة.

و ربما يستدلّ لضمان هذه المنافع، اى: المنافع غير المستوفاة، بقاعدة التفويت التى هى قاعدة عقلائية، و هى، ان من فوت مال الغير عليه فهو له ضامن، بناء على اعتبارها فى الشرع ايضاً، و لكن حيث ان الكلام ليس فى الحكم بضمان هذه المنافع مطلقاً، بل من جهة اقتضاء قاعدة ضمان اليد له و عدمه، فلا مجال للبحث فى غيرها، مع ان شمول قاعدة التفويت لجميع أقسام المنافع غير المستوفاة محلّ نظر، بل منع.

ثمّ انه لو كانت للعين منافع متضادة غير قابلة للاجتماع فى زمان

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۱۱۴

واحد، كما إذا كان العبد المغصوب عارفاً بالكتابة و الخياطة معاً، فهل يضمن المستولى عليه للجميع، أو يضمن الأكثر مالية، أو أحدها بنحو التخيير، و التخيير للمالك أو الضامن فيه؟ وجوه و احتمالات: و لا- يبعد ان يقال بالتفصيل بين ما لو كان المدرك للحكم بالضمان هى قاعدة اليد التى يبحث عنها فى المقام، و بين ما لو كان المدرك له مثل قاعدة التفويت، فعلى الأوّل يحكم بضمان جميع المنافع و لو كانت متضادة، لأن الملاك هو تحقق الاستيلاء و صدقه، و قد عرفت انّ الاستيلاء على المنافع انّما هو بتبع الاستيلاء على العين، فاذا كانت للعين منافع يصدق الاستيلاء على الجميع، و التضاد بين بعضها الراجع الى عدم إمكان الاجتماع فى الوجود و فى مقام الاستيفاء، لا يرتبط بمقام الاستيلاء الذى هو الملاك للضمان، و بعبارة اخرى: التضاد راجع الى مقام الاستيفاء، و هو غير دخيل فى الضمان أصلًا، مع ان ترجيح بعض المنافع على بعض ترجيح من غير مرجح. و على الثانى يحكم بضمان خصوص المنفعة التى هى أكثر مالية من غيرها؛ لعدم صدق التفويت بالإضافة إلى الجميع، بعد فرض التضاد و عدم إمكان الاجتماع؛ لانّ فوت الجميع حينئذ يستند الى التضاد، غاية الأمر انه حيث كانت المنفعة التى هى أكثر مالية ممكنة التحقق و الحصول، فيصدق تحقق التفويت بالنسبة إليها و يقال: إنّ الاستيلاء صار سبباً لفوتها، و لولاه لكان للمالك استيفاؤها، كما لا يخفى.

و أمّا من الجهة الثالثة و هى شمول الموصول للحرّ و شبهه و عدمه، فنقول: ربما يناقش فى الشمول؛ نظراً الى ان الحرّ لا يدخل تحت اليد، كما انه ربما يجاب عنه بانّ اليد عبارة عن التصرف على وجه الاستيلاء

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۱۱۵

و القهر، و هو أمر عرفى موجود فى غصب الحرّ أيضاً؛ إذ العرف لا يفرق من حيث اليد بين كون المغصوب عبداً أو حرّا، و لكن منع الشمول المحقق الرشتى «۱» (قده) فى كتابه فى الغصب، و ملخص كلامه الطويل فى وجه المنع أمور ثلاثة:

الأوّل ان اليد الموجبة للضمان هى اليد الكاشفة عن الملكية، و إذا كان الشيء غير واجد لصفة المملوكية، امتنع تعلق اليد به على الوجه المزبور كما فى الحرّ، لانه لا يكون قابلًا لصفة المملوكية؛ لكونه مالكاً، و المالك لا يكون مملوكاً؛ لتحقق التضاد بينهما، و عليه فلا يدخل تحت اليد المبحوث عنها، و من هنا حكم العلّامة «۲» بان لباس الصغير الحرّ المغصوب غير مضمون كنفسه، و وجهه: ان الصغير و إن كان مقهوراً فى يد الغاصب، مع كونه ممّن لا- يقدر ان يجلب لنفسه نفعاً و لا ضرراً، الّا ان صفة الاختصاص الملكى المأخوذ فى معنى اليد عرفاً، لما لم تكن موجودة فيه، لا يصدق على ذلك القهر اليد، و إذا لم تتحقق اليد على الصغير نفسه، فلا تتحقق أيضاً بالنسبة إلى لباسه؛ الذى عليه؛ لانه باعتبار استقلاله الذاتى و مالكيته، يكون صاحب اليد على لباسه.

أقول: يرد على هذا الأمر بعد وضوح بطلان ظاهر صدر كلامه، من ان اليد الموجبة للضمان هى اليد الكاشفة عن الملكية، ضرورة ان اليد الموجبة للضمان هى اليد التى أحرز كونها عادية أو غير مأذونة، على الاحتمالين المتقدمين، و اليد الكاشفة عن الملكية هى اليد المشكوكة المقرونة

---

(۱) كتاب الغصب للمحقق الرشتى: ۱۳.

(۲) التحرير: ۱۳۷.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۱۱۶

باحتمال ثبوت الملكية، و احتمال عدمها، فكيف يعقل اتّحادهما انه لا بد من توجيه كلامه، و يجرى فى هذا المجال احتمالان:

أولهما ان يكون مراده (قده) انّه و إن كانت اليد فى القاعدتين قاعدة ضمان اليد و قاعدة أمارية اليد مختلفة لا محالة عدمها الّا ان الاختلاف انّما هو بالإضافة الى صفة اليد و قيدها، فاليد فى قاعدة الضمان موصوفة بوصف العادية أو غير المأذونة، و فى قاعدة الأمارية موصوفة بوصف المشكوكية، الّا ان الظاهر وحدة المراد من نفس اليد التى هى الذات الموصوفة فى القاعدتين، فاذا كان المراد من اليد فى قاعدة الأمارية ظاهراً فى اليد على الشيء، المقابل لصفة المملوكية؛ ضرورة انه لا تكون امارة على الملكية، فاليد على الخمر و الخنزير، لا تكون امارة على ملكيتهما، كذلك اليد فى قاعدة الضمان المبحوث عنها فى المقام، لظهور وحدة المراد من اليد التى هى الموضوع فى القاعدتين، و عليه فلا تشمل القاعدة الحرّ؛ لعدم شمول قاعدة الأماريّة له.

و ثانيهما ما يشعر به ذيل كلامه، بل يظهر منه، من ان الاختصاص الملكى الذى يعتبر فى القاعدة مأخوذاً فى معنى اليد عرفاً، بحيث لا تصدق اليد بدونه كذلك.

و الجواب عن الاحتمال الأوّل: انه لا دليل على اتّحاد القاعدتين فى المراد من اليد المأخوذة فيهما؛ فان اليد فى قاعدة الأمارية، باعتبار كونها مجعولة امارة على الملكية فمقتضى تناسب الحكم و الموضوع ان يكون المراد بها هى اليد على ما يكون قابلًا لتعلق وصف الملكية به و ثبوت المملوكية له؛ لانه لا معنى لكون اليد على غير الملك كالحرّ و نحوه كاشفة عن الملكية

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۱۱۷

و أمارة لها.

و أمّا قاعدة الضمان المستفادة من حديث «على اليد»، فالحكم المجعول فيها هو الضّمان، و لا دليل على اختصاص موضوعه بخصوص

اليد على المملوك، بعد عموم الموصول و شموله لمثل الحرّ، و عدم منافاة الحكم بالضمان له أصلًا، فلا مجال لرفع اليد عن العموم.
هذا مضافاً الى ما عرفت فى أوّل البحث عن القاعدة، من عدم اختصاص قاعدة أمارية اليد بما إذا كان هناك شك فى الملكية و كون ذى اليد مالكاً، بل تجرى فى مثل ما إذا كانت امرأة تحت رجل و هو مستولٍ عليها و يعاملها معاملة الزوجة، و لكن نشك فى انها زوجة له شرعاً أم لا؟ فان مقتضى قاعدة الأمارية كون اليد بالنحو المذكور كاشفة عن ثبوت الزوجية، و كون المستولى زوجاً لها، فلا اختصاص لليد فى القاعدة بما إذا كانت متعلقة بالملك.
و الجواب عن الاحتمال الثانى: وضوح عدم دخالة المملوكية فى صدق اليد و الاستيلاء بحسب نظر العرف و العقلاء، فنرى فى زماننا شيوع الاختطاف بالإضافة الى الافراد، و يقال له بالفارسية «آدمربايى»، فهل يمكن منع تحقق الاستيلاء فى مثله عند العقلاء، أو هل يكون لليد فى قاعدة ضمان معنى غير معناها العرفى، مع لزوم الرجوع الى العرف فى تشخيص معانى الألفاظ المأخوذة فى موضوعات الأحكام الشرعية فى الأدلة من الكتاب و السنّة؟ فالإنصاف ان المنع فى المقام واضح المنع.
الأمر الثانى من الأمور التى اعتمد عليها المحقق الرّشتى «۱» (قده)

---

(۱) كتاب الغصب للمحقق الرشتى: ۱۳.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۱۱۸

ما افاده مما ملخّصه: انه على تقدير تسليم صدق اليد فى الحرّ، يكون قوله: حتى تؤدّى، قرينة على تخصيص الموصول؛ لعدم صدق الأداء على دفع دية الحرّ؛ لان دفع المثل أو القيمة فى الماليّات دفع للعين المغصوبة عرفاً؛ لقيام العوض فيها مقام المعوض فى جلّ الفوائد لو لم يكن فى كلّها، بخلاف الدية؛ فإنها ليست عوضاً عن النفس لا حقيقة و لا حكماً، و انّما هى حكم شرعى شبه الغرامة، هذا إذا قيل بان دفع المثل أو القيمة فى الماليات مستفاد من نفس الغاية، و أما لو قيل بأنه حكم شرعى أو عرفى، بعد تعذر الغاية، و هو الأداء، فقد يقال بدلالته على ضمان الحرّ الصغير و وجوب دفع ديته، و دعوى عدم شمول لفظ الضمان لوجوب دفع الدية؛ لعدم كونها عوضاً، يدفعها عدم كون لفظ الضمان مذكوراً فى الرواية، بل هو مستفاد من كلمة «على»، و لا فرق فى طريق الاستفادة بينه و بين الماليّات، مع ان اختصاص الضمان بالماليات أوّل الكلام، و لذا يقال: ان الطبيب ضامن، و بالجملة لو سلّم كون الضمان ظاهراً فى الماليات لم نسلّم أن العهدة ترادفه فى ذلك.
و لكن يرد على أصل القول ان دفع البدل إذا كان حكماً شرعياً مستفاداً من غير الأمر بالأداء، يحتاج ثبوته الى دليل شرعى، و هو مفقود فى المقام، غير ما رواه وهب بن وهب أبو البخترى عن الصادق (ع) من استعار عبداً لقوم آخرين، فهو له ضامن، و من استعار حرّا، صغيراً ضمن «۱»، و هذا مع ضعف سنده، لكون وهب من أكذب البريّة و عامّياً، غير معمول به، بل غير ظاهر المراد؛ لمنافاته للإجماع على عدم ثبوت الضمان فى

---

(۱) وسائل الشيعة ۱۳: ۲۳۸ كتاب العارية ب ۱ ح ۱۱، و ج ۱۹ كتاب الديات ب ۱۲ ح ۲.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۱۱۹

العارية.

و الجواب عن هذا الأمر: انه بعد تسليم صدق اليد و الاستيلاء على الحرّ، و صدق الضمان بالإضافة إلى الإنسان أيضاً كالأمور الماليّة، و يدلُّ عليه ضمان الطبيب المفروض فى الروايات و فى الفقه فى أواخر كتاب الإجارة، و كذا تدل عليه رواية وهب و إن لم تكن معتبرة بالإضافة إلى الحكم المذكور فيها، و هو ثبوت الضمان فى الفقرتين، لكن أصل التعبير بالضمان فيها مع كون الراوى عارفاً بلغة العرب، يدل على صحة هذا الاستعمال لا بد و إن يكون هناك رافع للضمان و موجب لخروج الضامن عن العهدة و دعوى مغايرة

العهدة للضمان كما فى كلامه مدفوعة بعدم المغايرة، بناء على ما ذكرنا فى معنى الضمان، و الرافع للضمان على ما يستفاد من حديث «على اليد» ليس إلّا الأداء، فكما ان أداء المثل أو القيمة رافع لضمان العين، و إن لم يكونا أداء للعين، كذلك أداء الدية فى ضمان الإنسان.

و بالجملة الذى تدل عليه رواية وهب هو نفس ثبوت الضمان، و أمّا انّه بما ذا يتحقق الأداء، فلا دلالة لها عليه، و لا حاجة الى الدلالة أصلًا؛ فإنه فى كل مورد يتحقق الضمان لا يكون الرافع إلّا الأداء الحقيقى أو الحكمى، و اشتمال حديث «على اليد» على الغاية و تعرضه لها، لا يدل على خروج بعض موارد الضمان، كما لا يخفى.

فالإنصاف انه على تقدير تسليم صدق الاستيلاء و اليد فى الحرّ لا يكون التعرض لغائيّة الأداء موجباً لقصر الحكم بالضمان على غير الحرّ.

الأمر الثالث من الأمور المذكورة- ان المتبادر من الموصول هو المال بنفسه أو بقرينة قوله: تؤدّى؛ لأن الأداء إذا نسب إلى الأفعال كالصلاة تمّ

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۱۲۰

معناه بدون المفعول بواسطة الجارّ، و أمّا إذا أضيف إلى الأعيان و الأمور التى ليست بأموال، فيحتاج الى المفعول الثانى بواسطة «الى»، و من الواضح انّ المؤدّى اليه فى المغصوب هو الذى يكون مالكاً للمؤدّى أو مستحقّاً له، و شىء من الأمرين لا يتصور فى مثل الحرّ؛ إذ ليس له مالك و لا مستحقّ حتى يؤدّى إليه، فلا يتصور القول بأنه يجب ردّ الحرّ المغصوب خصوصاً إذا كان كبيراً الى مالكه أو مستحقّه؛ إذ لا مستحق له شرعاً، و إن كان له وارث؛ إذ الوارث وارث لمورّثه لا مستحق له.

و يرد عليه: انه مع فرض موت الحرّ فى يد الآخذ، لا مجال للإشكال المذكور، لانه يصير كتلف المال المغصوب حيث انه يجب أداء قيمته الى من يستحقّها، و هو الوارث فى المقام، فالدّية يؤدّيها إلى الوارث كأداء القيمة إلى المالك فى المقيس عليه.

كما انه لو فرض كون الحرّ أجيراً للغير بمنفعته الخاصة، أو بجميع منافعه، بحيث كان الغير مالكاً لمنفعته أو منافعه بسبب الإجارة، لا مجال للإشكال فى عدم تحقّق المؤدّى اليه فى هذه الصورة، فإنها تصير كالدار المستأجرة المغصوبة من المستأجر، حيث انه يجب ردّها إلى المستأجر المالك لمنفعتها؛ إنّما الإشكال فى خصوص صورة الحياة و عدم كونه أجيراً للغير بالنحو المذكور، و فى هذه الصورة إذا كان الحرّ صغيراً غير مستقل فى الإرادة و العيش يكون المتفاهم العرفى من الأداء بالإضافة إليه هو أداءه إلى وليّه، و من يكون متبوعاً فى الإرادة و المعيشة و لا مجال للزوم كون المؤدى اليه مالكاً أو مستحقّاً، بل اللازم ثبوت المؤدى اليه، و إن كان بالنحو الذى ذكرنا.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۱۲۱

و أمّا إذا كان الحرّ كبيراً، فمضافاً إلى انه لا مجال للتفصيل فى الحرّ المأخوذ بين الصّور التى ذكرناها و بين هذه الصورة، و هو يكفى فى الحكم بالضمان هنا؛ لعدم الفصل، نقول: لا مانع من كون المراد من الأداء هو الإرجاع الى ما كان عليه من المحلّ و الشرائط الخاصّة، و لا ملازمة بين افتقار الأداء فى الحديث إلى المؤدى اليه، و بين كون المؤدّى اليه هو الشخص، فضلًا عن ان يكون مالكاً أو مستحقّاً فتدبّر.

و بالجملة لا نرى فى مقابل إطلاق الحديث الشامل للحرّ ما يوجب تقييده بغيره و إخراجه منه، فهو بمقتضى الحديث مضمون، و يترتب على الاستيلاء عليه الضمان، الذى لازمه وجوب أداء ديته الى الوارث فى صورة التلف، و أداء نفسه فى صورة العدم.

ثمّ ان مقتضى ما ذكرنا شمول الرواية لمثل الخمر و الخنزير، مع عدم ثبوت المالية و الملكية بالنسبة إليهما إذا قلنا بثبوت حق الاختصاص و الأولوية شرعاً فيهما، فيصير مثل العين المرهونة المتعلقة لحق المرتهن، هذا كله بالنسبة إلى عين الحرّ.

و أمّا منافعها فان استوفاها الآخذ، فلا إشكال فى ضمانها عليه، و إن لم يستوفها فكذلك، بناء على ما اخترناه من شمول الحديث لأخذ

الحرّ، لان المنافع حينئذ تكون مأخوذة بتبع العين، و لازمه الضمان فيها، و الاستيفاء لا دخالة له فى الحكم بالضمان كما ذكرنا فى مثل منافع العبد و الدار و نحوهما من الماليّات، و قد عرفت انه فى المنافع المتضادة غير القابلة للاجتماع فى الوجود كالكتابة و الخياطة يكون الضمان متعلقاً بالجميع، و عدم مساعدة العرف على ذلك لا يمنع عن اقتضاء الدليل و شموله لجميع المنافع كما لا يخفى.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۱۲۲

و أمّا من الجهة الرابعة و هى شمول الموصول للأوقاف و عدمه، فنقول: لا ينبغى الإشكال فى الشمول بالنسبة إلى الوقف الخاصّ، من دون فرق بين ان نقول ببقاء العين الموقوفة بعد الوقف على ملك مالكها، غاية الأمر صيرورتها متعلقة لحقّ الموقوف عليهم، و بين ان نقول بدخولها فى ملك الموقوف عليهم، و خروجها عن ملك الواقف، و بين ان نقول بما اختاره سيدنا المحقق الأستاذ البروجردى «۱» قدس سره الشريف من خروجها عن ملك الواقف، و صيرورتها على رءوس الموقوف عليهم بحيث قدّر منافعها عليهم من دون دخول أصلها فى ملكهم فكأن و يؤيّده تعدّى الوقف ب «على» فيقال: وقف عليه فكأن المال الموقوف سحاب جعله المالك على رءوس الموقوف عليهم، حتى يمطر عليهم.

و كيف كان، فلا فرق فى شمول الموصول بين الأقوال المختلفة فى باب حقيقة الوقف، فإنه لا أقل من كونها متعلقة لحقّ الموقوف عليهم، و هو يكفى فى الشمول. هذا فى الوقف الخاصّ.

و أمّا الأوقاف العامّة كالمساجد و المشاعر و الرباط و المدارس و الطرق، فقد ذكر المحقّق الرّشتى «۲» بعد ان حكى عن الدروس قوله: لو ثبت يده على مثل المساجد و المشاعر و الرباط و المدارس، ضمن العين و المنفعة، و قال: لم نظفر بمتعرض لحكمها غيره، فى تحقيق المسألة كلاماً ملخّصه: انها اى الأوقاف العامّة على ثلاثة أقسام:

الأوّل ما لم تتطرق اليه أيدى الملّاك منذ خلق، و ليس له اختصاص

---

(۱) كتاب الغصب مخطوط.

(۲) كتاب الغصب، المحقق الرشتى: ۱۷.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۱۲۳

بآدمى بوجه من وجوه الاختصاص الملكى، بل طرأ الحبس الشرعى على إباحته الأصلية، كأرض عرفات و مكة و المشاعر، و الظاهر ان حكمه حكم الحرّ فى عدم كون اليد عليه موجبة للضمان.

الثانى ما تطرقت اليه يد التملك، ثمّ عرض المخرج عن الملكية، و هذا ايضاً على قسمين: قسم ترجع منافعه الى بعض الانتفاعات الدنيوية، كالسكنى و الركوب و التطرق و نحوها، و قسم ترجع منافعه الى الانتفاعات الأخروية كالصلاة و الذكر و أمثالهما من العبادات فى مثل المساجد، ثمّ ذكر ثبوت الضمان فى القسم الأوّل بالنسبة إلى العين و المنفعة معاً، بل نفى الاشكال عن الضمان فيه بالنسبة إليهما، و لم يتعرض للقسم الثانى أصلًا، بل طوّل البحث فى ان المنفعة المضمونة فى القسم الأوّل هل ترجع الى الموقوف عليهم؟ أو تصرف على نفس العين؟ أقول: امّا كون حكم القسم الأول من الأقسام الثلاثة هو حكم الحرّ، فلا ينبغى الإشكال فيه، غاية الأمر انه حيث أن المختار شمول الحديث له، فاللازم شموله له ايضاً و اقتضاؤه الضمان بالنسبة إلى العين و المنفعة معاً.

كما ان ثبوت الضمان فى القسم الثانى مطلقا مما لا اشكال فيه أصلًا، و الظاهر فيه رجوع المنفعة إلى الموقوف عليهم؛ لأنهم هم المستحقون لها، فتردّ عليهم.

و أمّا القسم الثالث، الذى لم يتعرض له من جهة ثبوت الضمان و عدمه، فالظاهر انه ان كان المأخوذ مثل فرش المسجد و حصيره و سائر ما يتعلق به، فلا ينبغى الإشكال أيضاً فى ضمان العين؛ و المنفعة معاً لانه مال مأخوذ و له مالك و هو المسجد، بناء على صحة اعتبار الملكية له، كما هو

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۱۲۴

الظاهر، فلا يرتفع الضمان إلّا بالأداء إليه عيناً أو مثلًا أو قيمة.

و إن كان المأخوذ نفس المسجد، فالظاهر شمول الحديث له ايضاً، كما قلنا فى الحرّ، فيترتب عليه ضمان العين، فاذا انهدم بمثل السيل يجب على الضامن تعميره و تجديد بنائه، نعم لا مجال للحكم بضمان المنافع بعد كون المنفعة من الأمور الأخروية مثل الصلاة و الذكر، و هل الحكم كذلك فيما إذا اتخذ المسجد المستولى عليه مسكناً و محلًا لسكناه و سكنى اهله مثلًا فلا يضمن ما يقابله من المالية أو يضمن؟ الظاهر هو الأوّل فتدبّر.

و أمّا من الجهة الخامسة و هى المراد من الأداء المأخوذ غاية للضمان و رافعاً له، و انه فى الماليّات عبارة عن الأداء الى من؟ فنقول: لا شبهة فى تحققه و صدقه فيما إذا أدّى العين المأخوذة من المالك اليه، فيما إذا لم تكن العين متعلقة لحق الغير بالإجارة أو الرهن أو غيرهما، بان كانت منافعها غير خارجة عن ملكه، و لم يتعلق بها مثل حق الرّهانة، و يكفى فى هذه الصورة الأداء الى وكيل المالك، إذا كانت وكالته شاملة لمثله ايضاً.

كما ان الظاهر عدم تحقق الأداء فيما إذا غصبها غاصب من الغاصب الأوّل مثلًا و أدّاها اليه دون المالك، فإنه و إن كان يصدق الأداء الى من أخذت العين منه و هو الغاصب الأوّل، الّا انه لا يحتمل الحديث الحكم برفع الضّمان مع الأداء إليه، كما لا يخفى.

و أمّا إذا غصبها من المستأجر الذى كانت العين المستأجرة بيده، فهل يتحقق الأداء الرافع للضمان إذا أدّاها إلى مالك العين، أو لا يتحقق إلّا إذا أدّاها إلى المستأجر؟ الحقّ انه هنا ضمانان: ضمان العين بالنسبة إلى المالك، و ضمان المنفعة بالنسبة إلى المستأجر، فإذا أدّاها إلى المستأجر يرتفع كلاهما؛

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۱۲۵

لأنه أدّى المنفعة إلى صاحبها، و ادّى العين الى من يكون أميناً من قبل المالك عليها، و هو المستأجر، فهو يكون كالأداء إلى الوكيل فى المثال المتقدم، و أما إذا أدّاها إلى مالك العين، فضمان العين و إن كان يرتفع بذلك، الّا ان ضمان المنفعة لا مجال لتوهم ارتفاعه به.

و من هنا يتّجه ان يقال؛ إذا غصب العين المستأجرة من المستأجر مالكها، بناء على عدم انفساخ الإجارة بذلك، يصير مالك العين ضامناً لمنافعها، و لا يرتفع ضمانه إلّا بأداء العين الذى يستتبع أداء المنفعة إلى المستأجر، و مع عدم الأداء و فوت المنافع بيده، يلزم عليه أداء قيمتها كما لا يخفى، و من قبيل الإجارة الرّهن، فإذا أخذ العين من يد المرتهن، فإن أدّاها اليه يرتفع الضمان كلا، و أمّا إذا أدّاها إلى المالك فيبقى الضمان بالنسبة المرتهن بحاله، فإذا تلفت فى يده، يلزم عليه أداء المثل أو القيمة إلى المرتهن، ليبقى عنده وثيقة لدينه، ثمّ يردّها المرتهن الى الرّاهن، أو يأخذ منه دينه.

و أمّا إذا أخذ العين من يد الودعىّ، فالظاهر تحقق الأداء الرافع للضمان بالردّ الى كل من المالك و الودعىّ، و الفرق عدم تعلق حق الغير بها فى هذه الصورة، و على ما ذكرنا يتّجه ان يقال، ان الأداء المأخوذ غاية هو الأداء الى من هو ضامن بالنسبة اليه أو وكيله أو أمينه لا الأداء الى خصوص المالك و لا الأداء الى من أخذ منه.

الجهة الثالثة- قد عرفت انّ الضمان فى صورة تلف العين انّما يستفاد من نفس دليل القاعدة،

و انّ الأداء الذى يكون غاية للحكم بالضمان و رافعاً له، يكون له مراتب على ما هو المتفاهم عند العرف منه، و إن أداء

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۱۲۶

المثل فى المثلى و القيمة فى القيمى من مراتب الأداء، و يرتفع به الضمان ايضاً، و قد وقع البحث مفصّلًا فى المعيار فى المثلى و القيمى، و بيان الضابطة لهما، و نحن نحيل هذا البحث الى محلّه، و قد وقع فى كلام الشيخ الأعظم الأنصارى فى مسألة المقبوض

بالعقد الفاسد فى كتاب مكاسبه «۱»، انّما المهمّ فى المقام البحث فى ان القيمى، الـذى يجب أداء قيمته بعد التلف، هل الواجب رعاية قيمته حال الاستيلاء و الأخـذ، أو قيمته فى حال التلف و الانعدام، أو القيمة حال الأداء الذى هو الغاية للحكم بالضـمان، أو أعلى القيم من زمان الأخذ إلى زمان التلف، أو الى زمان الأداء؟ فيه وجوه و احتمالات.

و قد ذكروا لهذه الوجوه و الاحتمالات أدلة و وجوهاً، و المهمّ هو النظر فى القاعدة، و انّها تقتضى أىّ وجه فنقول:

ربمـا يقال كما قال به المحقق البجنوردى «۲»-: إِن مقتضـى القاعـدة هى قيمة يوم الأخذ و الاستيلاء، الذى هو فى باب الغصب يكون يوم الغصب، و تقريبه بنحو الاختصـار: انّ ظـاهر قوله (ص): و على اليـد ما أخـذت حتّى تؤدّيه، هو ان نفس ما وقع تحت اليـد يثبت و يستقرّ على عهـدة الآخذ، و لا شك فى ان هذا المعنى حكم شـرعى وضـعى فى عالم الاعتبار التشـريعى؛ لأنّه حيث ان المال المأخوذ مـال و عين خارجيـة، و الموجود الخارجى يمتنع ان ينتقل بوجوده الخارجى إلى عالم الاعتبار، كما انه يسـتحيل ان ينتقل الى الـذهن؛ للزوم الانقلاب، فاللازم ان يقال: إن ثبوته و وجوده فى العهدة،

---

(۱) كتاب المكاسب: ۱۰۵.

(۲) القواعد الفقهية ۲: ۶۸.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۱۲۷

انّما هو فى عالم الاعتبار، الـذى هو ايضاً وجود كالوجود الخارجى و الوجود الذهنى و الوجود اللفظى و الوجود الكتبى، و مرجعه الى اعتبار ذلك الوجود الذى وقع تحت اليد فوق اليد و على عهدتها.

و ذلـك الوجود المـأخوذ له جهات ثلاث: الخصوصـيات الشخصـيّة، و الجهات الصـنفيّة الطبيعيّـة، و ماليّته التى هى العمـدة فى أبواب الضـمانات و الغرامـات، و هـذه الجهـات مـأخوذة فى عـالم الاعتبـار و معتبرة فيه، فإذا أمكن أداؤها بأجمعها، فالواجب هو الأداء بهـذه الكيفية، و إذا تلفت العين تسـقط الخصوصـيات الشخصية؛ لأنه مع عدم إمكان أدائها يكون اعتبارها لغواً، و تبقى الجهتان الأخريان، و إذا لم تكن مثليـة كما هو المفروض، تسـقط الجهات المصـنّفة ايضاً، و يبقى خصوص الجهـة الماليّـة، فاللازم أداء تلك الجهة، و هى التى كان ضامناً لها ابتـداء و من حين الأخـذ؛ لأن ظرف الضـمان هو وقت الأخـذ، فاللازم هى القيمـة فى وقت الأخـذ الـذى هو وقت الضمان بحسب الحديث الشريف.

و لكن الظاهر ان مفاد الحديث هى القيمة يوم الأداء و الدفع، و ذلك لظهوره فى ثبوت نفس العين المأخوذة على العهدة، و أمّا ما فى كلامـه من ان العين الخارجيّـة يمتنع ان تنتقل بوجودها الخارجى إلى عالم الاعتبار، فيرده ان العين الخارجيـة انّما هى طرف الاعتبار و متعلق له، فهى بوجودهـا الخـارجى ثابتـة على العهـدة، لكن الثبـوت انّمـا هو أمر اعتبـارى لاـ واقعى، و عليه فقيـاس المقـام بـالموجود الخـارجى الـذى يمتنع ان يوجـد فى الـذهن بوصف وجوده فى الخـارج قيـاس مع الفـارق؛ ضـرورة ان الوجود الـذهنى قسـيم للوجود الخارجى، و كل منهما له واقعية و يمتنع انتقال أحدهما إلى

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۱۲۸

الآـخر مع وصف ثبوت واقعيّته، و وجوده، و هـذا بخلاـف المقـام؛ فـإن الأمر الاعتبارى الـذى هو الضـمان و الثبوت على العهـدة، انما يكون متعلقه الوجود الخارجى الذى تعلّق الأخذ به، و لا بد ان يكون كذلك؛ لما عرفت فى الفرق بين الضمان و اشتغال الذمة من ان الأـوّل يتعلق بالجزئى و الثانى بالكلّى، و عليه فالثابت على العهـدة فى المقام نفس المأخوذ الـذى هو العين الخارجيّـة من دون اسـتلزام الانتقال، و هذا انّما هو بالنسبة إلى العين، ما دامت كونها موجودة باقية، و أمّا مع التلف و الانعدام، فالمستفاد من الحكم بالضمان فى قاعـدة الإتلاف المفروضـة بعـد التلف، و من الحكم ببقاء الضـمان فى «قاعـدة على» اليد بعد تلف، العين المأخوذة؛ لعدم تحقق الغاية الرافعـة و هى الأـداء، و لاـ مجـال لتوهم عـدم ثبوت الغايـة للضـمان؛ لامتنـاع تحقق الأداء، كما انه لا مجال لـدعوى عـدم دلالتها على

الضمان بعد التلف بأنه لا بدّ و إن يعتبر وجود العين فى قاعدة الإتلاف و بقاؤها فى قاعدتنا، غاية الأمر كونه بنحو الاعتبار؛ لانه لا يعقل عدم ثبوت طرف الضمان؛ فإنه كما يحتاج الى وجود الضامن كذلك يحتاج الى وجود المضمون، فلا محالة يكون ثبوت الحكم بالضمان بعد إعدام العين أو انعدامها مستلزماً لفرض وجود العين و اعتبار بقائها، و على ما ذكرنا فالثابت على العهدة انما هو نفس العين المأخوذة، من دون فرق بين زمان قبل التلف و بين زمان عروض التلف لها، فكما ان العين بجميع جهاتها الثلاث المذكورة فى كلام القائل ثابتة على اليد قبل التلف، غاية الأمر فى عالم الاعتبار الذى هو طور من الوجود فى قبال سائر أطواره و أنواعه، كذلك هو ثابت على اليد مع جميع الجهات بعد التلف، و لا مجال للتفكيك فى مفاد الحديث الذى هو الحكم بالضمان بين

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۱۲۹

الزّمانين قبل التلف و بعده، و الحكم بان الثابت قبل التلف انّما هى العين مع جميع الجهات الثلاث، و الثابت بعده انّما هى العين مع بعض تلك الجهات، فالعين المأخوذة على اليد و عهدتها مستمرّاً الى زمان الأداء، و لا فرق فى هذا الثبوت بين ما قبل التلف و ما بعده، فبعده ايضاً تكون العين على العهدة كقبلة، غاية الأمر انّ التلف انّما يؤثّر فى الغاية، و هى الأداء؛ إذ انه قبل التلف كان أداء العين بجميع الخصوصيات ممكناً، و بعده يمتنع ذلك و يصير محالًا، و حينئذ ينتقل إلى المرتبة الثانية، و هى أداء المثل مع فرض مثليّته، و بعدها إلى المرتبة الثالثة و هى أداء القيمة مع كونه قيميّاً، و لكن الانتقال إلى القيمة انّما هو فى ما يرتبط بالأداء و بالغاية، و لا ارتباط له بأصل الضمان، فما دام لم يؤدّ القيمة تكون العين المأخوذة باقية على العهدة و ثابتة على اليد، فإذا أراد ردّها ليرتفع الضمان، فحيث لا يكون قادراً على ردّ العين؛ لفرض التلف و لا على ردّ مثلها؛ لعدم كونها مثليّة، فاللازم ردّ قيمتها، و من الواضح انّ القيمة التى يجب ردّها حينئذ هى قيمة العين فى حال الأداء و الدّفع، و بعبارة اخرى الواجب عليه ردّ العين فى هذه الحالة أيضاً، و حيث انه ممتنع، تصل النوبة إلى ماليتها القائمة مقامها، و هى الماليّة فى حال الردّ و الأداء.

و الظاهر وقوع الخلط فى كلام القائل بين الضمان المغيّا و بين الأداء الذى هو الغاية، فرأى انه حيث لا يمكن ردّ العين مع جميع الجهات، و اللازم ردّها ببعضها، فيكون الضمان ايضاً مرتبطاً بذلك البعض، مع ان الضمان انّما هو بالنسبة إلى العين فى جميع الحالات، و الغاية لها مراتب و درجات، و نتيجته لزوم أداء قيمة يوم الأداء، لامتناع أداء العين بجميع

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۱۳۰

الخصوصيات.

و يؤيّد ما ذكرنا الحكم بضمان النماءات التى تحصل للعين المغصوبة بعد الغصب، و إن تلفت تلك النماءات بعد حصولها، كما لو سمنت الشاة مثلًا فى يد الغاصب، ثمّ زال عنها السمن و عادت حالتها الأولى؛ فإن منشأ الحكم بضمانها هو كون المضمون هى العين بجميع الخصوصيات، و هى الثابتة على العهدة و على اليد، و دعوى كون هذه النماءات واقعة تحت اليد جديداً بتبع بقاء العين، فتكون غصباً آخر غير مربوط بالغصب الأوّل، مدفوعة بوضوح خلافها؛ فان تعدّد الغصب فى مثله، ممّا لا يقبله العقلاء و العرف أصلًا.

و بالجملة لا فرق فى أصل الحكم بالضمان المستفاد من المغيّا فى الحديث الشريف، و هو ضمان العين و ثبوتها على العهدة بجميع الخصوصيات، بين الفروض المختلفة و الحالات المتعددة، من التلف و غيره، و المثلى و غيره، و انّما الاختلاف بينها يرجع الى الغاية الرافعة للضمان، و مقتضى ما ذكر فى القيمى ردّ قيمته يوم الردّ و الدفع، فتدبّر جيّداً.

ثمّ انّ فى دلالة القاعدة احتمالًا ثالثاً اختاره سيدنا المحقق الأستاذ البروجردى (قدّس سرّه) على ما فى تقريراته فى مباحث الغصب «۱»، فإنه بعد ان ذكر ان مختاره فى السابق كان ما عليه المحقق الخراسانى «۲» (قده) مما يرجع الى لزوم قيمة الأداء و الدفع، و قد رجع عنه بعداً، ذكر ان القيمة التى يقال لها بالفارسيّة «ارزش» لا تعتبر للمعدوم الصّرف، فالعين

---

(۱) كتاب الغصب مخطوط.

(۲) حاشية المكاسب للمحقق الخراسانى: ۲۳.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۱۳۱

الشخصية الخارجيّة و إن كانت فى زمن بقائها تعتبر لها فى كل يوم قيمة، و لكنّها إذا تلفت لا تعتبر لها عند العقلاء قيمة، بأن يقولوا: ان هذه العين فى هذا اليوم تساوى كذا و كذا، لانتفاء الهذيّة و الشخصيّة، فكيف تعتبر لها قيمة؟ نعم يعتبر عند العقلاء لمثلها قيمة، و لكن اين هذا من قيمة شخص العين التالفة التى جعلت من المراتب النازلة لنفس العين، فالعين لما لم يكن لها قيمة بعد تلفها، كان الواجب على الضامن أداؤها بقيمتها حينما تعتبر لها قيمة و هو حال الوجود، فزمان الانتقال إلى القيمة و إن كان هو يوم التأدية، لكن العين لما لم تكن لها قيمة إلّا حال الوجود، فاللازم قيمة ذلك الحال، و لكن لا دلالة للقاعدة حينئذ على ان الاعتبار بخصوص يوم التلف أو يوم الغصب أو أعلى القيم منه اليه.

و يرد عليه ما عرفت سابقاً من ان المستفاد من الحكم بالضمان فى قاعدة الإتلاف، التى مرجعها الى كون الضمان مترتّباً على الإتلاف، و انّ الإتلاف سبب الضمان و متقدم عليه و لو رتبة انه لا يعتبر فى الحكم بالضمان مطلقا بدواً و استمراراً وجود العين و عدم عروض التلف لها فالعين و إن كانت تالفة تكون معروضة لوصف المضمونيّة و متعلقه للضمان و حينئذ نقول ان لازم اعتبار قيمتها حال الوجود لعدم اعتبار القيمة حال التلف ان يكون اللازم القيمة فى حال عدم تحقق الضمان و هو حال الوجود فيصير مثل ما إذا قيل فى الغصب باعتبار قيمة قبل الغصب مع انه لم يقل به أحد و لا يحتمله القاعدة بوجه.

و الحقّ انّ القيمة اللازمة هى قيمة العين التى اعتبر وجودها فى عالم التشريع و ثبوتها و بقائها على العهدة و قد عرفت ان مقتضى القاعدتين

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۱۳۲

قاعدة الإتلاف و قاعدة التلف التى هى المبحوث عنها فى المقام بقاء نفس العين على العهدة و ثبوتها على اليد و إن الانتقال إلى القيمة انّما هو فى مرحلة الأداء الذى له مراتب متعددة و درجات مختلفة و اللازم حينئذ ان يؤدّى قيمة يوم الأداء لأنه يوم الانتقال إلى القيمة و البدل و الذى تضاف إليه القيمة هى نفس العين الثابتة على العهدة و إن كانت غير موجودة فى الخارج فالإنصاف انه لا مجال للرجوع عما افاده المحقق الخراسانى (قده) و اختاره جملة من أجلّاء تلامذته من كون اللازم بمقتضى القاعدة هى القيمة يوم الأداء و الدّفع.

ثمّ انه ورد فى هذا المجال رواية صحيحة فى باب الغصب الذى هو أظهر مصاديق القاعدة المبحوث عنها فى المقام لا- بد من ملاحظتها و انه هل يستفاد منها غير ما تفيده القاعدة من القيمة يوم الأداء على ما استظهرنا منها أم لا؟ و انه على التقدير الأوّل كيف يجمع بينهما؟ فنقول هى صحيحة أبى ولّاد قال اكتريت بغلًا الى قصر ابن هبيرة ذاهباً و جائياً بكذا و كذا و خرجت فى طلب غريم لى فلما صرت قرب قنطرة الكوفة خبّرت ان صاحبى توجّه الى النيل فتوجهت نحو النيل فلما أتيت النّيل خبرت انه توجه الى بغداد فاتبعته فظفرت به و فرغت ممّا بينى و بينه و رجعت إلى الكوفة، و كان ذهابى و مجيئى خمسة عشر يوماً فأخبرت صاحب البغل بعذرى و أردت أن أتحلّل منه فيما صنعت و ارضيه فبذلت له خمسة عشر درهماً فأبى أن يقبل فتراضينا بأبى حنيفة و أخبرته بالقصة و أخبره الرجل، فقال لى: ما صنعت بالبلغة؟ قلت رجّعته سليماً، قال: نعم بعد خمسة عشر يوماً قال فما تريد من الرجل، قال: أريد كراء بغلى فقد حبسه علىّ خمسة

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۱۳۳

عشر يوماً فقال انّى ما أرى لك حقّا لانه اكتراه الى قصر بنى هبيرة فخالف فركبه الى النيل و إلى بغداد فضمن قيمة البغل و سقط الكراء فلمّا ردّ البغل سليماً و قبضته لم يلزمه الكراء، قال فخرجنا من عنده و أخذ صاحب البغل يسترجع فرحمته مما افتى به أبو حنيفة و أعطيته شيئاً و تحلّلت منه و حججت تلك السّنة فأخبرت أبا عبد اللّه عليه السلام بما افتى به أبو حنيفة فقال: فى مثل هذا القضاء و

شبهه تحبس السّماء مائها و تحبس الأرض بركاتها، فقلت لأبى عبد اللّه (ع) فما ترى أنت، جعلت فداك. فقال: أرى له عليك مثل كراء البغل ذاهباً من الكوفة إلى النيل و مثل كراء البغل من النيل الى بغداد و مثل كراء البغل من بغداد إلى الكوفة و توفيه إيّاه، قال: قلت قد علفته بدراهم فلى عليه علفه قال: لا، لأنك غاصب فقلت أ رأيت لو عطب البغل أو نفق أ ليس كان يلزمنى؟ قال: نعم قيمة بغل يوم خالفته، قلت: فإن أصاب البغل كسر أو دبر أو عقر فقال: عليك قيمة ما بين الصحة و العيب يوم تردّه عليه، قلت: فمن يعرف ذلك، قال: أنت و هو اما ان يحلف هو على القيمة فتلزمك فان ردّ اليمين عليك فحلفت على القيمة لزمك ذلك أو يأتى صاحب البغل لشهود يشهدون ان قيمة البغل حين اكترى كذا و كذا فيلزمك فقلت: انى كنت أعطيته دراهم و رضى بها و حلّلنى، فقال: إنما رضى بها و حلّلك حين قضى عليه أبو حنيفة بالجور و الظلم و لكن ارجع اليه فأخبره بما أفتيتك به فان جعلك فى حلّ بعد معرفته فلا شيء عليك بعد ذلك «۱». و تنكير البغل فى قوله: قيمة بغل يوم خالفته انّما هو فى نسخة الوسائل و المحكى عن نسخ الكافى و التهذيب هو

---

(۱) الوسائل كتاب الغصب، الباب السابع، حديث.

البغل معرّفاً و هو الظّاهر كما ان المحكىّ عن صاحب الجواهر انه قال ان الموجود فيما حضرنى من نسخة التهذيب الصحيحة المحشاة ترده عليه من دون لفظ «يوم».

و ربما يقال بدلالة الصحيحة على ان المدار فى القيمة هى قيمة يوم الغصب و الأخذ و الاستيلاء و ذلك فى موضعين منها:

أحدهما قوله (ع): نعم قيمة بغل يوم خالفته و قد أفاد الشيخ الأعظم الأنصارى قدّس سرّه فى وجه دلالة هذه الفقرة على كون المدار هى القيمة يوم الغصب وجهين:

الأوّل إضافة القيمة المضافة إلى البغل الى يوم خالفته ثانياً فيكون المضاف واحداً و المضاف اليه متعدداً فى عرض واحد و يصير المعنى قيمة بغل قيمة يوم خالفته و من الواضح ان المراد بالمضاف اليه الثانى هو يوم الغصب و الأخذ.

و أورد عليه تارة بأن المضاف إلى شيء لا يضاف إلى شيء آخر، ثانياً و انه محال من جهة استلزامه الجمع بين اللحاظ الآلى و الاستقلالى فى استعمال و لحاظ واحد و هو مستحيل. ذكر ذلك المحقق الخراسانى قده فى حاشية المكاسب حيث قال فيه إشكال فإن إضافة المضاف بما هو مضاف ثانياً يستلزم ان يكون الإضافة بما هى اضافة ملحوظة باللحاظ الآلى طرفاً لها و ملحوظة على الاستقلال فإنها من مقوّماته فى الإضافة الثانية و لو كان المراد إضافته ثانياً لا بما هو كذلك اى مضاف يلزم ان يكون حين التلفظ به طرفاً لهذا على حدة و لذاك كذلك و هذا يستلزم ان ينظر اليه ذلك الحين بالنظرين المتباينين. و أخرى بأنه على فرض الجواز لا يكون ذلك معهوداً

فى تراكيب الكلام و الجمل العربية خصوصاً فى مقام الإفتاء الذى يناسبه التعبير المتداول و الاستعمال المتعارف و خصوصاً إذا كان فى مقابل إفتاء آخر غير مطابق للواقع و هو إفتاء أبى حنيفة بغير ما انزل اللّه تعالى. نعم لا مانع من تتابع الإضافات الذى مرجعه إلى إضافة المضاف إليه إلى المضاف اليه الآخر و إضافته ايضاً الى ثالث و هكذا كما ورد فى الكتاب مثل دأب قوم نوح و لكنه غير ما افاده قده.

و قد وجّهه السيّد الطّباطبائى فى حاشية على المكاسب ان قيد المضاف إليه إذا لم يكن له ثمر الّا بجعله قيداً للمضاف يكون الغرض من الإضافة هذا التقييد و فى المقام كذلك فان تقييد البغل بيوم المخالفة من حيث هو لا معنى له فلا بد ان يكون الغرض من ذلك كونه قيداً للقيمة يعنى يوم المخالفة للبغل و ذلك كما إذا قيل ضرب زيد يوم الجمعة فإن إضافة زيد الى اليوم لا معنى له الا ان يكون

الغرض منه تقييد الضرب به.

و يرد عليه وضوح الفرق بين المقيس و المقيس عليه فان تقييد زيد بيوم الجمعة و إن كان لا معنى له الّا ان تقييد البغل بيوم المخالفة لا مانع منه لاختلاف حالاته من جهة السمن و الهزال و الصحة و المرض و غيرهما و من جهة تفاوت القيمة السوقية و الاختلاف من هذه الناحية، مع ان هذا التوجيه يرجع الى الوجه الثانى المذكور فى كلام الشيخ الذى يجىء و عليه فلا يبقى فرق بين الوجهين.

الثانى كون الظرف قيداً للاختصاص الحاصل من إضافة القيمة إلى البغل فيكون المعنى قيمة مختصة بالبغل يوم المخالفة بحيث كان يوم المخالفة متعلقاً بمختصة و لا مانع منه بعد كونه شبه فعل و يجوز ان يكون عاملًا فى

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۱۳۶

الظرف و حينئذ يكون الظرف مفتوحاً كما انه فى الصورة الاولى يكون مجروراً و من المعلوم ان القيمة المختصة بالبغل يوم المخالفة هى قيمة يوم الغصب و الأخذ.

و أورد عليه بان اختصاص الحاصل من الإضافة معنى حرفى و ملحوظ آلى فلا يمكن ان يرد عليه القيد لأن المعانى الحرفية ليست قابلة للتقييد للزوم اجتماع اللحاظ الآلى و الاستقلالى واحد و لحاظ فأرد.

و لكنا قد حققنا فى البحث عن الحروف فى علم الأصول انه لا- مانع من ذلك و إن أكثر التقييدات الواقعة فى الاستعمالات و المحاورات انّما يرجع الى تقييد المعانى الحرفية فقولك ضرب زيد يوم الجمعة عند الأمير يكون القيدان فيه راجعين الى وقوع الضرب على زيد و هو من المعانى الحرفية غير المستقلّة بخلاف نفس الضرب الذى هو معنى مستقل و كذا زيد الذى يكون كذلك و لا- مجال لدعوى تعلق القيدين بنفس الضرب من دون ملاحظة خصوصية وقوعه على زيد و فى الحقيقة متعلق القيدين هو الاختصاص الحاصل من اضافة الضرب الى زيد و لذا أوردنا على المحشى برجوع توجيهه للوجه الأوّل إلى الوجه الثانى.

و بالجملة لا- مانع من تقييد ما هو الملحوظ الآلى و إن كان مستلزماً للحاظ الاستقلالى و الشاهد هو الاستعمالات المتداولة و المحاورات العرفيّة.

و يمكن ان يقال برجوع القيد الى البغل بحيث يكون المقام من تتابع الإضافات و ذلك بملاحظة ما ذكرنا من اختلاف حالات البغل من جهة السمن و الهزال و الصحة و المرض و مثلهما و من جهة القيمة السّوقية و لكنه حيث لا يكون الاختلاف من الجهة الأولى متحقّقاً فى مورد الرواية لأن

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۱۳۷

البغل لا يختلف فى الأيام القليلة المفروضة فى مورد الرواية من جهة السّمن و الهزال غالباً و المفروض عدم عروض عيب عليه لان فرض العيب واقع فى الأسئلة الواقعة بعد هذا الجواب. فالظاهر حينئذ انّ الاختلاف الذى هو محط نظر الرواية هو الاختلاف من جهة القيمة السوقيّة و عليه يكون الظرف قيداً للبغل بنحو الإضافة كما انه يمكن ان يقال بكون الظرف متعلقاً بنعم كما استظهره السيد قده فى الحاشية نظراً إلى انه إذا كان فى الكلام فعل أو شبهه فهو أولى بأن يكون متعلّقاً للظرف و القيمة بمعنى العوض ليس فعلًا و لا شبهه بخلاف «نعم» فإنه فى قوة قوله يلزمك أو يكون لفظ يلزمك مقدّراً بعده.

و على هذا الاحتمال الأخير لا دلالة لهذه الفقرة من الرواية على تعيين قيمة أىّ يوم لأن غاية مفادها هو اشتغال الذمة بالقيمة و ثبوتها على العهدة فى يوم الأخذ و أمّا ان القيمة المضمونة و الثابتة على العهدة قيمة أىّ يوم فلا دلالة للرواية عليه أصلًا. نعم ظاهرها حينئذ انّ الثابت على العهدة فى غصب القيمى بمجرد تحقق الأخذ هى القيمة مع ان ظاهر قاعدة ضمان اليد كما عرفت هو ثبوت نفس العين المأخوذة على اليد فيقع بينهما التنافى من هذه الجهة و لكن لا بد من توجيه الرواية لأنه لا معنى لثبوت القيمة على العهدة مع وجود العين و عدم تلفها بحيث يكون مجرد غصب القيمى موجباً لثبوت القيمة على عهدة الغاصب فلا بد من توجيهها بما يرجع الى مفاد القاعدة كما لا يخفى.

و بالجملـة إذا كـان يوم خـالفته قيـداً للقيمـة و متعلقـاً بهـا فبلحاظ كون الجواب انّما هو عن السؤال عن صورة وقوع التلف و فرض ان البغل عطب

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۱۳۸

أو نفق يكون مرجع قوله: نعم الى لزوم القيمـة المقيـدة بالقيـد المذكور بعد فرض التلف فلا دلالة للجواب حينئذ على ما يلزمه بمجرد الأخذ و المخالفة أصـلًا و أمّا لو كان القيد راجعاً الى نعم أو الفعل المقدر بعده فالجواب و إن كان عن السؤال المذكور المفروض فيه صورة التّلف الّا ان ظاهره ثبوت القيمة و لزومها عليه بمجرد الأخذ و المخالفة مطلقا من دون فرق بين ما إذا تحقق التلف بعده و ما إذا لم يتحقق لـانه لاـ مجـال للتفكيـك بين الصورتين و الحكم بـأنّه فى صورة التلف يكون اللاـزم عليه يوم الغصب هى القيمـة فلا ينافى كون اللازم فى صورة العـدم من حين الأخـذ هى غير القيمـة بل الظاهر ان المستفاد من الرّوايـة حينئذ كون اللازم هى القيمة مطلقا و عليه فلا بد من توجيه الرواية بما يرجع الى مفاد قاعدة اليد فتدبّر.

و بذلك يجاب عما عن بعض الأعاظم قدس سره من ان ضمان القيمة لو كان يوم المخالفة أى يوم الغصب بمعنى تعلّق القيمة بالعهدة و اشـتغال الذمـة بها فى ذلك اليوم فلازمه كون المضـمون هى قيمـة يوم المخالفة أيضاً لأنه لا معنى لان تكون قيمة اليوم المتأخر عن يوم المخالفـة و هو يوم التلف أو يوم الرد ثابتـة على العهـدة فى يوم المخالفـة و عليه فلو كـان الظرف راجعاً الى نعم أو الفعل المقـدر بعـده تكون هذه الفقرة دالة ايضاً على كون المعتبر هى قيمة يوم المخالفة. و قد ذكرنا انه حيث لا معنى لتعلق القيمة بالعهدة و اشـتغال الذمة بها مع فرض وجود العين بحيث كان الحكم المغيّا راجعاً الى ثبوت القيمة و الغاية دالة على أداء العين ضرورة انه لا معنى لأدائها أى القيمـة مع فرض وجود العين و إمكان ردّها فلا بـد من التوجيه بما يرجع الى مفاد القاعـدة و هو ثبوت العين على العهـدة فى عالم الاعتبار

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۱۳۹

الـذى يتفق فيه العقلاء و الشـارع غايـة الأمر انه مع فرض التلف و كون العين قيميـة لا يمكن ان يتحقق الأداء إلّا بأداء القيمـة التى هى الجهة المهمّة فى باب الماليّات و الملحوظة فى أبواب الضمانات و الغرامات.

و قد انقدح بما ذكرنا انه لم تثبت دلالة هذه الفقرة من الرواية على خلاف ما استظهرنا من القاعدة من ثبوت القيمة يوم الدفع و الأداء.

ثانيهما قوله (ع) أو يأتى صاحب البغل بشهود يشهدون ان قيمة البغل حين اكترى كذا و كذا فيلزمك و الظاهر ان المراد من قوله حين اكترى هو يوم الغصب لـانه لاـ وجه لضـمان يوم الاـكتراء بعنوانه أصـلًا و العـدول عن التعبير بيوم الغصب الى يوم الاـكتراء مضافاً الى اتّحـاد اليومين فى مورد الروايـة لأن الظاهر اكتراء الدابـة خصوصاً فى تلك الأزمنـة انّما كان يقع فى نفس اليوم الـذى يريـد ركوبها و الاسـتفادة منها و المفروض فى الروايـة تحقق الغصب فى الساعـة الاولى من الحركـة و الركوب لانه وقع الاكتراء فى الكوفـة التى هى ساحل الشطّ و وقع الغصب و المخالفـة قرب قنطرة الكوفـة حين ما خبّر بتوجه غريمه الى النيل و عدم كونه فى قصـر ابن هبيرة انّما هو لأجل ان تحصـيل الشـهود حين الاكتراء أسهل من حال الغصب لان محلّ الاكتراء غالباً محل اجتماع المكارين العارفين بقيمة البغال و أمّا حين الغصب الواقع فى أثناء الطريق لا طريق نوعاً الى تحصـيل الشـهود على معرفـة قيمته فى ذلك الوقت و عليه تكون هـذه الفقرة صريحة فى ان المدار فى ضمان القيمى هو قيمة يوم الغصب و المخالفة.

هـذا و يمكن منع دلالـة هذه الفقرة أيضاً نظراً إلى انه يمكن ان يكون التعبير بيوم الاكتراء الذى يراد به يوم الغصب على ما مرّ انّما هو لأجل

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۱۴۰

عـدم تفاوت قيمـة البغل فى الأيام القليلـة المفروضة فى مورد الرواية التى لا تتجاوز عن خمسة عشـر يوماً فإنه كما لا يختلف البغل فى هـذا المقدار من الزمان من جهة السـمن و الهزال نوعاً كذلك لا يختلف من جهة القيمة السّوقية خصوصاً فى تلك الأزمنة و التعبير به

بدلًا عن يوم الدفع و الأداء انّما هو لأجل ما ذكر من انه لا طريق غالباً الى تحصيل الشهود على معرفة قيمة يوم الدفع خصوصاً بعد عدم وجود العين و لا مجال لتعيين القيمة مع التلف و من الواضح ان الخصوصيات التى عليها الدابة لها دخل فى القيمة جدّاً و ذكرها لا يكفى فى مقام التقويم بل لا بدّ من المشاهدة و إن كان التوصيف يكفى فى مقام البيع و المعاملة الّا ان للتقويم مقاماً غير مقام المعاملة فتدبّر.

و يؤيّد ما ذكرنا من عدم دلالة الرواية على ضمان القيمة يوم الغصب قوله (ع) فى الذيل: عليك قيمة ما بين الصحة و العيب يوم تردّه عليه بناءً على وجود كلمة اليوم لما عرفت من الجواهر من عدم وجوده فى النسخة المصحّحة من التهذيب الموجودة عنده و على ان يكون الظرف متعلّقاً بالقيمة بمعنى انه يجب عليك قيمة يوم الردّ بالإضافة الى ما بين الصحة و العيب و أمّا بناء على تعلّق الظرف به عليك بلحاظ كون معناه الفعل و هو انه يلزم عليك فمعناه انّ الثابت على العهدة فى يوم الردّ و الأداء هى القيمة فيمكن ان يقال بظهوره أيضاً فى كون الثابت هى القيمة فى ذلك اليوم و إن كان يمكن المناقشة فيه بأن غاية ما تدل عليه حينئذ هو كون الثابت فى يوم الرّد هى القيمة و أمّا ان القيمة قيمة أىّ يوم فالرواية ساكتة عنه.

و لكن الظاهر عدم تعلق الظرف به عليك و إن كان متضمّناً لمعنى

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۱۴۱

الفعل لأنه ان كان المراد باللزوم هو لزوم الأداء و الدفع فلا فائدة فى ذكر الظرف أصلًا لأنه يصير حينئذ أمراً واضحاً لا حاجة الى بيانه لوضوح انّ أداء القيمة انما يقترن مع أداء العين و ردّها مع وصف كونها معيوبة و إن كان المراد باللزوم هو الثبوت على العهدة فلا خفاء فى ان الثبوت الكذائى انما يتحقق بنفس عروض العيب و صيرورة الدابة معيبة فى يد الغاصب فلا وجه لجعل الظرف متعلقاً به حتى يصير معناه ان الثبوت انما يكون زمانه يوم الردّ و الأداء.

و يحتمل ان يكون الظرف متعلّقاً بالعيب بمعنى أنه لا بد فى العيب من ملاحظة يوم الأداء إذ ربما يمكن ان يكون العيب فى أوّل عروضه قليلًا ثمّ ازداد بعده و فى هذه الصّورة لا بد من ملاحظة ما عليه العيب من الكثرة و الشدة فى يوم ردّ العين معيبة و لازم ذلك انه لو فرض العكس و صيرورة العيب قليلة أو خفيفة لكان اللازم ملاحظة وقت الأداء دون وقت العروض.

و بالجملة فالرواية على التقدير الأوّل الذى يكون الظرف متعلّقاً بالقيمة تؤيد عدم دلالتها فى الجملات السابقة على هذه الجملة على كون المراد هى القيمة يوم الغصب.

ثمّ انّه ربما يستشكل الأخذ بهذه الصحيحة بأنّها مخالفة للقواعد العامّة و الضوابط القطعية المقررة فى كتاب القضاء للمدعى و المنكر و هى انّ البينة على المدّعى و اليمين على من أنكر و التفصيل قاطع للشركة فالمدعى وظيفته إقامة البينة و المنكر اليمين نعم يمكن له ردّ اليمين الى المدعى فى فرض عدم ثبوت البيّنة له مع ان الصحيحة ظاهرها تخيير المالك ابتداء بين الحلف و بين

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۱۴۲

إقامة البينة غاية الأمر انه مع عدم الحلف و عدم البينة تصل النوبة إلى حلف الغاصب و هذا لا ينطبق على قواعد باب القضاء و فصل الخصومات بوجه.

و ربما يوجّه ذلك بان الاختلاف يمكن ان يكون باختلاف كيفية إنشاء دعواهما و بعبارة اخرى لا يجتمع الأمران فى مورد واحد و فى مصب دعوى كذلك بل لهما موردان فإنه ان كان مصب الدعوى تنزل القيمة التى تجب عليه أدائها عن القيمة السّابقة بحيث كان الغاصب مدّعياً للتنزل و المالك منكراً له تكون وظيفة المالك حينئذ اليمين مع عدم ثبوت البينة للمنكر على التنزل لأن الأصل عدم التنزل و إن كان مصب الدعوى نفس القيمة الثابتة من غير اتفاق على القيمة السّابقة بل و من دون اطلاع عليها بل كان النزاع فى مجرد القيمة من حيث الزيادة و عدمها فالقول قول الغاصب لإنكاره الاشتغال بالزائد عمّا يدعيه من القيمة يوم المخالفة لأن لازمه الاتفاق فى المورد الأوّل على القيمة قبل الغصب.

و هـذا التوجيه و إن كان يؤيـد عـدم دلالـة الروايـة على كون المـدار هى القيمة يوم المخالفة لأن لازمه الاتفاق فى المورد الأوّل على القيمـة قبل الغصب الذى لا تكون العين بيد الغاصب و تحت استيلائه و هذا فى غاية البعد بخلاف ما لو كان مدلول الرواية هى القيمة يوم الـدفع فان الاتفاق على القيمـة قبل يوم الـدفع كيوم الأخذ و الغصب أمر عادى لا بعد فيه أصـلًا الّا انه فى نفسه مسـتبعد و ابعد منه حمل الحلف هنا على الحلف المتعارف الذى يرضـى به المحلوف له و يصدقه فيه من دون محاكمة و التعبير بردّه اليمين على الغصب من جهة ان المالك أعرف بقيمة بغله فكان الحلف حقّا له

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۱۴۳

ابتداء و لكن ذلك لا يقدح فى أصل دلالة الرواية على تعيين القيمة و إن الملاك قيمة أىّ يوم.

ثمّ انه بناء على ما قلنا من عدم ظهور الرواية فى شيء من فقرأتها فى خلاف ما تدل عليه القاعدة المستفادة من على اليد ما أخذت من كون المدار هى قيمة يوم الدفع لا بدّ من حملها عليها لعدم التعارض بينهما بعد فرض ظهور القاعدة و عدم ظهور الرواية فى خلافها. و أمّا ان قلنا بظهور الروايـة فى كون المناط هى القيمـة يوم الغصب كما عليه بعض الأعاظم قـده فالظاهر لزوم الأخـذ بالروايـة لعدم بلوغ ظهور القاعـدة مرتبـة ظهور الرّواية خصوصاً بعد الاختلاف فيه و إنكار بعض ظهور القاعدة فى لزوم دفع قيمة يوم الدفع كما نقلناه عنه فالإنصاف أنه على هذا التقدير لا محيص عن الالتزام بقيمة يوم الغصب.

ثمّ انه بقى فى بحث القاعدة أمور ينبغى التنبيه عليها:

الأمر الأوّل- ما لو تعذر أو تعسّر رد العين من دون ان يعرض لها التلف

كما لو سـرق أو غرق أو ضاع أو أبق و انه هل يجب بمقتضاها إعطاء بـدل الحيلولـة للمالك أم لا؟ و اللازم قبل البحث فى هـذا الأمر من التنبيه على أمرين:

أحـدهما ان محطّ البحث فى لزوم إعطاء بـدل الحيلولـة و عـدمه هو مجرد القاعـدة المسـتندة إلى قوله (ص) على اليد ما أخذت حتى تؤدّى و أمّـا الأدلـة الأـخرى التى يمكن اسـتفادة الحكم بالضـمان منهـا فهو خـارج عن محلّ البحث هنا مثل ما ورد فى باب الأمانات المضمونة مما يدلّ على تحقق الضمان بالأمور المذكورة كالسرقة و مثلها و مثل قاعدة الضرر و فوت سلطنة

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۱۴۴

المالك و أشباههما فان الجميع خارج عن محلّ البحث هنا و إن كان يجب البحث عنها فى مسألة بدل الحيلولة بعنوان عام.

ثانيهما ان التعـذر و التعسّر و عـدم إمكان الردّ له مراتب مختلفـة فإنه تارة يكون فى مدة قصـيرة يعلم بإمكان ردّ العين بعد انقضائها و أخرى يكون فى مـدة طويلـة مقرونـة باليأس من الوصول إليها كما إذا وقعت العين فى قعر البحر مثلًا و ثالثـة فى تلك المـدة مع رجاء الوصول اليه و وجدانه.

أمّا الصورة الأولى فالظاهر انه لا مجال لـدعوى الانتقال الى بـدل الحيلولة فى تلك المدة القصـيرة مسـتنداً الى على اليد لوضوح انه لا دلالـة له على لزوم أداء المثل أو القيمـة فى هـذه الصورة و بعبارة اخرى لا يكون أداء المثل أو القيمـة فى هذا الفرض من مراتب أداء العين الذى هو غاية للحكم بالضمان.

و أمّا الصورة الثانيـة فهى ملحقـة بالتلف عند العرف و العقلاء حيث انّهم لا يفرقون بينها و بين التلف بوجه و عليه فاداء المثل أو القيمة ليس لأجل الحيلولة بل لأجل حصول التلف العرفى فالعمدة فى البحث هى الصورة الثالثة فنقول:

ربما يقال بان مقتضى القاعدة لزوم ردّ المثل أو القيمة فى هذه الصورة نظراً الى ان مقتضاها كون العين المأخوذة بدون اذن المالك و الشارع ثابتة و مستقرة فى عالم الاعتبار التشـريعى على عهدة المالك بجميع خصوصـياتها الشخصية و صفاتها النوعية و ماليّتها كما ان

الأمر كذلك عند العقلاء فيجب تكليفاً و وضعاً ردّ الجهات الثلاث مع الإمكان و عند تلف العين يجب ردّ الجهتين الأخيرتين و أمّا مع التعذر أو التعسّر على ما هو المفروض فى المقام

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۱۴۵

فحيث يسقط التكليف بردّ العين للتعذر أو التعسّر فيدور الأمر بين ان يسقط عن ردّ جميع الجهات الثلاث أو يبقى بالنسبة إلى الجهتين الباقيتين ان كان مثليّا و الجهة الواحدة الباقية ان كان قيميّاً و لا وجه للأوّل لأنّه بلا دليل بل الدليل على عدمه و هو قوله (ص) على اليد .. لدلالته على استقرار الجهات الثلاث فى العهدة و بارتفاع الاولى لا ترتفع الأخريان فيجب عليه إعطاء المثل ان كان مثليّا و القيمة ان كان قيميّاً.

و لكن بملاحظة ما عرفت فى معنى على اليد و مفاده من كونه عبارة عن مجرد الحكم الوضعى الشرعى مغيّا بتحقق الأداء تعرف انه لا دلالة له على الحكم التكليفى بوجه بل مرجعه الى ان الأداء رافع للضمان و غاية له و أمّا انه واجب فهو مستفاد من دليل آخر فاللازم حينئذ ملاحظة أنّ الأداء المجعول غاية للحكم بثبوت ضمان العين المأخوذة و استقرارها على عهدة المستولى و ذى اليد هل يكون من مراتبه أداء المثل أو القيمة فى المقام كما فى صورة التلف الحقيقى أو العرفى أو انّه لا يكون من مراتبه لثبوت الفرق بين المقام و بين صورة التّلف فالغاية لا تتحقق إلّا بأداء نفس العين بعد رفع التعذر و التعسّر.

لا يبعد ان يقال بالثانى لأن كلّما فرض ان يكون أداءً و من مراتبه فلا بد من فرض كونه غاية و رافعاً للضمان المستفاد من على اليد و بعبارة اخرى بعد كون الأداء فى الحديث متصفاً بأنه غاية رافعة للضمان فكلّما فرض من مراتبه لا بد و إن يكون متّصفاً بهذا الوصف فلا- مجال لدعوى تحقق الأداء فى مورد مع فرض عدم ارتفاع الضمان بسببه و عليه فالانتقال الى المثل أو القيمة فى المقام ان كان متصفا بهذه الصّفة فلازمه الالتزام

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۱۴۶

بارتفاع ضمان العين بسببه مع انه لا مجال للالتزام به و إن لم يكن متّصفاً بهذه الصفة فهو خارج عن الحديث و شموله و عليه فلا دلالة للحديث على الانتقال المزبور بوجه.

الأمر الثانى- لا شبهة فى تحقق الضمان بمقتضى القاعدة فيما إذا كانت اليد التى عليها ما أخذت واحدة

لا تعدّد فيها، و أمّا لو تعاقبت الأيدى العادية أو غير المأذونة على مال الغير فهل يستفاد من دليل القاعدة تعدّد الضمان بحيث كان للمالك الرجوع الى أيّة واحدة منها شاء أم لا؟

ربما يقال: نعم لان مفاد الحديث الشريف جعل الضمان لكل يد عادية بطور القضية الحقيقيّة فكما انه يشمل وقوع الأيدى المتعددة على الأموال المتعددة كذلك يشمل الأيدى المتعدّدة ان وقعت على مال و حاد لان المناط فى تعدّد الضمان تعدّد اليد إذ هو موضوع الحكم بالضمان على نحو القضية الحقيقيّة فتنحلّ الى قضايا متعددة حسب تعدّد افراد موضوعها الذى هى اليد كما هو الشأن فى جميع القضايا الحقيقية و لا دخل فى تعدّد ما تقع عليه فى الحكم بالضمان و من آثار ذلك اى تعدّد الضمان جواز رجوع المالك الى كل واحدة منها.

و نحن نضيف اليه ان تقييد المضمون بكونه مأخوذاً لليد لا- ينافى تعدّد الضمان بوجه نظراً الى انّ الضامن الثانى لم يأخذ العين المضمونة من مالكها بل من الضامن الأوّل و ربما لا يكون الأخذ من الضامن الأول بصورة القهر و الغلبة بل باذنه و رضاه.

وجه عدم المنافاة ما أشرنا إليه من كون الأخذ فى الحديث الشريف كناية عن عدم الاذن و كون الاستيلاء على العين غير مرضيّ للمالك و فى

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۱۴۷

هذه الجهة لا فرق بين الضامن الأول و الثاني و هكذا أصلًا لأنه كما ان يد الأوّل يد غير مأذونة و غير مرضية كذلك يد الثاني و الثالث و هكذا فلا فرق بين الأيدى من هذه الجهة و عليه فمقتضى الحديث الشريف تعدّد الضمان و إن كانت العين المضمونة واحدة كما إذا كانت اليد واحدة و العين المأخوذة فإنه يكون ضامناً بالإضافة إلى الجميع لتعدّد ما عليه اليد.

نعم فى مسألة تعدّد الضمان بالإضافة الى مال واحد اشكال من جهة مقام الثبوت مع قطع النظر عن مقام الإثبات و هو ان المال الواحد كيف يمكن ان يكون مضموناً بضمانات متعددة فى عرض واحد لانه كما ان وجود شخص مال واحد فى الخارج بتمامه عند شخص و كذلك بتمامه عند شخص آخر فى نفس ذلك الزمان مستحيل و إلا يلزم ان يكون الواحد اثنين كذلك وجوده فى عهدة اثنين فى عالم الاعتبار بحيث يتحقق بالأداء تفريغ ما فى الذمة و يرتفع به الضمان كذلك لانه لا يمكن ان يكون للشىء الواحد اداءين فى عرض واحد و حيث انه غير ممكن فلو كان فى عهدة شخصين و فرضنا ان أحدهما أدّاه فلا يرتفع الضمان عن عهدة الأخر إلى يوم القيامة لأن أدائه ثانياً غير ممكن.

و بعد ثبوت الاشكال من جهة مقام الثبوت فلا بد من التصرف فيما يدل عليه فى مقام الإثبات أمّا بالحكم على الاشتراك فى ضمان واحد بمعنى ان مثل ذلك المال أو قيمته فى عهدة الشخصين بالشركة فيجب عليهما أداء المثل أو القيمة بهذا النحو اى بنحو الشركة و أمّا بالحمل على الطولية و المراد بها كون اللّاحق ضاماً لما يؤدّى السابق فالمالك له الرّجوع الى ایّ واحد من العادين و إذا رجع الى بعضهم فان كان هو اللاحق فليس له

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۱۴۸

الرجوع الى السابق لانّ السابق ليس ضامناً للاحق و إن كان هو السابق فله الرجوع الى اللاحق لانه ضامن لما يؤدّيه السابق كما هو المفروض.

هذا و قد أجاب عن أصل للإشكال المحقق الخراسانى صاحب الكفاية فى محكىّ حاشيته على المكاسب للشيخ الأعظم الأنصارى قدّس سرّهما بأنه يمكن بنحو الواجب الكفائى بأن يكون كل واحد من الشخصين مكلّفاً بالأداء فى ظرف عدم أداء الأخر فليس تكليف باداءين حتى يكون ممتنعاً بل امتثال مثل هذا التكليف لا يقتضى إلّا أداء واحداً و المقام ايضاً كذلك فيكون على كل واحد منهما وجوب تدارك المال التالف و أدائه فى ظرف عدم تدارك الأخر و أدائه.

و يمكن الإيراد عليه بأنه ان كان مراده ثبوت حكم تكليفى متعلّق بالأداء و تدارك المال التالف بالنسبة إلى شخصين كثبوته فى الواجبات الكفائية فيرد عليه مضافاً الى انه ليس المفروض خصوص صورة التلف بل صورة بقاء العين ايضاً و لا معنى للتدارك مع فرض البقاء انّ الكلام فى مفاد حديث على اليد و قد عرفت ان مدلوله مجرد الحكم الوضعى و إن العين المأخوذة ثابتة على عهدة ذى اليد و ذمة المستولى حتى يتحقق الأداء الرافع فهو لا يدل الّا على حكم وضعى مغيّا و لا دلالة له على الحكم التكليفى بوجه.

و إن كان مراده تنظير المقام بالحكم التكليفى الثابت فى الواجبات الكفائيّة فيرد عليه وضوح بطلانه لان تقييد الوجوب هناك بما إذا لم تتحقق الموافقة و الامتثال من الأخر و إن كان ممكناً الّا انه لا معنى لتقييد الضمان المدلول عليه بالحديث بمثل ذلك فالإشكال لا ينحلّ بذلك.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۱۴۹

ثمّ ان حمل الحديث على الاشتراك مع انه مخالف لظاهره جدّاً خلاف ما استقرّ عليه الفتاوى من ثبوت تمام المال على من تلف فى يده و انه إذا رجع الى السابق فهو يرجع بالجميع الى اللّاحق فلا مجال لهذا الحمل أصلًا.

و أما الحمل على الطولية فغاية توضيحه ان يقال ان اليد الاولى ضامنة لنفس المالك ابتداءً بنفس المال المغصوب بمعنى ان نفس المال بوجه الاعتبارى فى عهدة ذيها و أمّا اليد الثانية فهى ضامنة للعين المضمونة بما هى مضمونة و بعبارة اخرى المال الذى صار مغصوباً و وقع تحت اليد يكون فى ذمّة الغاصب بما له من الصفات و الخصوصيات تكوينية أم اعتباريّة و لكن ما يقع تحت اليد

الاولى ليس الا نفس العين بصفاتها التكوينية فقط لعدم ثبوت صفة اعتبارية لها فى هذا الحال و أمّا اليد الثانية فتقع العين تحتها بما هى مضمونة التى هى صفة اعتبارية ففى اليد الثانية تزيد هذه الصّيفة فكما انه لو كان للعين صفة خارجيّة تضمن اليد الواقعة عليها تلك الصّيفة الخارجية كذلك تضمن الصفة الاعتبارية لها لو كانت لها ففى الغصب الثانى تكون ذات العين مع صفة كونها فى ذمة الغاصب الأوّل فى ذمة الغاصب الثانى و هكذا الحال لو وقع المال تحت يد ألف غاصب فضمان كلّ لاحق فى طول ضمان سابقه لان ضمان السابق بمنزلة الموضوع لضمان اللاحق فلا يمكن ان يكونا فى عرض واحد بل لا يمكن ان يكونا فى زمان واحد لان ضمان اللاحق متأخر عن السابق حتى زماناً و هو الذى اختاره المحقق النائينى على ما فى تقريراته حيث قال ان ذمة اللاحق مشغولة بما يجب خروجه عن ذمة السّابق اى ذمّته مخرج لما يضمنه الأوّل من الثانى لاشتغال ذمّته للمالك بما له بدل أى عهدة فى ذمة الأوّل فإذا رجع المالك اليه فهو لا يرجع الى

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۱۵۰

السابق لعدم كونه مغروراً منه بالفرض و أمّا لو رجع المالك الى السّابق فهو يرجع الى الثانى لأنه ضمن شيئاً له بدل فى ذمة السّابق و البدل يجب ان يخرج من الثانى، قال: و هذا هو المراد من البدل فى كلام المصنف يعنى الشيخ الأعظم الأنصارى الى ان قال و ليس المراد بالبدل بدل أصل المال نظير المنافع حتى يقال ان الثانى و إن ضمن ما له بدل الّا ان الأوّل كذلك ايضاً.

و التحقيق ان يقال انّ مسألة تعدّد الضمان بالإضافة الى مال واحد بنحو الاستقلال ان لوحظت بالنّسبة إلى أثره الذى هو جواز رجوع المالك الى ايّ واحد من السابق و اللّاحق و يكون مخيّراً فى ذلك من الابتداء فتصويرها بمكان من الإمكان لأنه مانع فى عالم الاعتبار من اعتبار ثبوت المال على عهدة شخصين و الحكم بضمان اليدين و قياسه بالوجود الخارجى الذى لا يعقل فيه التعدّد مع فرض الوحدة ممنوع بل هو أشبه بالوجود الذهنى من جهة انّ زيداً الموجود فى الخارج الذى يستحيل عروض التعدد له بلحاظ هذا الوجود يمكن إيجاده فى الذهن مرّة بعد اخرى و كذلك لا مانع من اعتبار العين الشخصية الخارجية المتصفة بالوحدة لا محالة فى ذمة شخصين و على عهدة يدين و نحن لا نرى وجهاً للاستحالة فى عالم الاعتبار بوجه.

و دعوى عدم إمكان تحقق الغاية و هو الأداء من كليهما فاذا فرض أداء واحد منهما يكون الضمان باقياً بالإضافة إلى الأخر لاستحالة تحقق الغاية منه مدفوعة بأن الغاية هى طبيعة الأداء لا خصوص أداء ذى اليد و لذا لو فرض وصول العين الى المغصوب منه من غير طريق الغاصب

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۱۵۱

يرتفع ضمان الغصب بذلك فالغاية هى الطبيعة و هى فى الصورة المفروضة فى الدعوى متحققة فاداء أحدهما كما هو رافع لضمانه رافع لضمان الأخر أيضاً و هذا فى غاية الوضوح لو فرض كون الغاية مذكورة فى الحديث بصورة حتّى تؤدّى الظاهر فى انها عبارة عن أداء العين لا أداء ذى اليد لها حيث انّها حينئذ بصيغة المبنى للمفعول و النائب للفاعل هو العين نعم لو كان المذكور فيه بصورة حتى تؤدّيه بصيغة المبنى للفاعل و الفاعل هو اليد لا يكون فيه هذا الوضوح و بالجملة لا مجال للإشكال من جهة أصل تعدد الضمان لا من جهة المغيى و لا من جهة الغاية أصلًا هذا كلّه بالإضافة إلى جواز رجوع المالك الى ايّ واحد منهما شاء و منه ينقدح انه مع الرجوع الى واحد منهما و استيفاء حقه منه لا- مجال له للرجوع إلى الأخر لارتفاع الضمان رأساً بتحقق غايته فلا يجوز له الرجوع الى الأخر أصلًا.

و أمّا جواز رجوع السابق الى اللاحق إذا رجع المالك الى السابق و استوفى حقه منه و المفروض عدم تحقق التلف فى يده و عدم كونه غارّاً بالنسبة إلى اللّاحق فقد عرفت توجيهه من طريق الطولية الراجعة إلى كون الثانى ضامناً للعين بوصف كونها مضمونة التى هى صفة اعتبارية و معنى ضمان الضمان كون اللّاحق ضامناً للخسارة و البدل الذى يعطيه السّابق و يدفعه الى المالك و قد اختاره سيّدنا الأستاذ الامام الخمينى إدام الله ظلّه الشريف فى كتابه فى البيع حيث قال ان وصف كونه مضموناً أمر قابل لوقوع اليد عليه كسائر

الأوصاف تبعاً للعين و صحّ فيه العهدة و كونه على الأخذ و عهدة وصف المضمون على الضامن الثانى للضامن الأوّل ترجع عرفاً الى ضمان الخسارة الواقعة عليه من قبل ضمانه و ليس معنى ذلك ان

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۱۵۲

المضمون له هو المالك بل المضمون له هو الضامن لما ضمنه للمالك. ثمّ قال و بالجملة إطلاق على اليد يقتضى شمولها لكل ما يصدق فيه انه عليه بوجه و المضمون له غير مذكور و محوّل الى فهم العرف و العقلاء و فى المقام يكون الضامن مضموناً له بالنسبة إلى ضمانه و لا يوجب ذلك الضمان رفع ضمان الضامن الأول و نقله الى الضامن الثانى لأن موضوع ضمان الثانى هو ضمان الأول و لا يعقل رفع الموضوع بالحكم و ليس الضمان بالنسبة إلى المالك حتى يقال معناه النقل أو الأداء عند عدم أداء الأول بل لازم ضمان الثانى للأوّل ليس الّا جبر خسارته و غاية هذا الضمان إرجاع المال المضمون الى الضامن الأوّل فإنه أداء للوصف المأخوذ. قال و لعلّ كلام الشيخ الأعظم يرجع الى ذلك و إن كان بعيداً من ظاهره، انتهى موضع الحاجة.

و يرد على الطولية أوّلًا ان محذور تعدّد الضمان لمال واحد عرضاً كما هو المفروض فى أصل الإشكال يأتى فى الطولية أيضاً لأنّ زمان الضمان الثانى و إن كان متأخراً عن زمان الضمان الأوّل الّا انه يجتمع فى الزمان الثانى ضماناً لا محالة و دعوى تغاير المتعلقين لان ضمان اليد الاولى متعلق بنفس العين و ضمان الثانية متعلق بضمان العين فى ذمة اليد الاولى و هكذا مدفوعة بأنه ان أريد بالتغاير مجرد كون العين مضمونة فى اليد الأولى خالية عن الصفة الاعتبارية و هى المضمونية و فى اليد الثانية مشتملة عليها فلا محالة قد اجتمع فى العين ضمانان و إن كان المضمون فى الثانى واجداً لخصوصية زائدة ايضاً و إن أريد بالتغاير اختلاف المضمونين بالمرة كما هو ظاهر تعبير الدعوى فيردّه مضافاً الى منعه ان مقتضاه عدم جواز رجوع المالك الى اللاحق أصلًا كما لا يخفى.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۱۵۳

و ثانياً منع كون صفة المضمونية صفة اعتبارية داخلة فى دائرة الضمان بحيث كان مرجع ضمانها الى لزوم أداء المثل أو القيمة إلى الاولى مع رجوعه إلى الثانية فإنّها ليست من الصّفات الرّاجعة إلى العين و بعبارة اخرى الضمان انّما هو حكم ثابت على العهدة و إضافته الى العين انّما هو لمجرد افتقاره الى المضمون و أمّا كون المضمونية صفة داخلة فى دائرة الضمان كسائر الصفات الدخيلة فيها لكونها مرهونة مثلًا ممنوع و الشاهد ملاحظة العقلاء حيث انهم لا يفرقون بين الغاصب الأوّل و الغاصب الثانى فيما يرجع الى غصب العين أصلًا و لا يرون اختلافاً بينهما من جهة ما هو المضمون و الثابت على العهدة بوجه فكما ان المضمون فى الغصب الأوّل انّما هى نفس العين بسائر صفاتها فكذلك المضمون فى الغصب الثانى و لا فرق بين المضمونين.

و ثالثاً انه لو سلّمنا كون المضمونيّة داخلة فى دائرة ضمان العين فهل المراد منه كون الغاصب الثانى ضامناً لشخصين أحدهما المالك و ثانيهما الغاصب الأوّل أو المراد منه كونه ضامناً للمالك فقط غاية الأمر كون المضمون هى العين مع صفة المضمونيّة فعلى الأوّل يكون لازمه جواز رجوع الغاصب الأول الى الثانى و إن لم يرجع المالك اليه بعد أو بالكليّة لكون الثانى ضامناً له على ما هو المفروض و على الثانى لا يبقى مجال لجواز رجوع الأول الى الثانى أصلًا و التفكيك بين الموصوف و الصفة فى الضمان قد عرفت ان لازمه عدم جواز رجوع المالك الى الغاصب الثانى مع انّه مخالف لقاعدة على اليد الحاكمة بتعدد الضمان بنحو القضية الحقيقية كما لا يخفى و العجب تصريحه دام ظله بأن أداء العين الى الغاصب الأوّل يوجب رفع

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۱۵۴

الضمان بالكلية من الغاصب الثانى كما لا يخفى.

و هنا وجوه آخر لهذه الجهة التى هى من مشكلات مسائل الفقه لانه لا يعرف لها وجه مع كون كل واحد من السابق و اللاحق عاديا غير مغرور كما هو المفروض:

منها ما افاده صاحب الجواهر قدّس سرّه فى كتاب الغصب مما لفظه: ان ذمّة من تلف بيده مشغولة للمالك بالبدل و إن جاز له إلزام

غیره باعتبار الغصب بأداء ما اشتغل ذمّته به فیملک حینئذ من أدّی بأدائه ما للمالک فی ذمّته بالمعاوضهٔ الشرعیهٔ القهریّهٔ قال و بذلک اتّضح الفرق بین من تلف المال فی یده و بین غیره الّذی خطابه بالأداء شرعی لا ذمّی إذ لا دلیل علی شغل ذمم متعددهٔ بمال واحد فحینئذ یرجع علیه و لا یرجع هو.

و أورد علیه الشیخ الأعظم الأنصاری قده بقوله: و أنت خبیر بأنه لا وجه للفرق بین خطاب من تلف بیده و خطاب غیره بان خطابه ذمّی و خطاب غیره شرعی مع کون دلالهٔ علی الید ما أخذت بالنسبهٔ إلیهما علی السّواء و المفروض انه لا خطاب بالنسبهٔ إلیهما غیره، مع انّه لا یکاد یفهم الفرق بین ما ذکره من الخطاب بالأداء و الخطاب الذّمی، مع انه لا یکاد یعرف خلاف من أحد فی کون کلّ من ذوی الأیدی مشغول الذمّهٔ بالمال فعلًا ما لم یسقط بأداء أحدهم أو إبراء المالک نظیر الاشتغال بغیره من الدیون فی إجباره علی الدفع أو الدفع عنه من ماله و تقدیمه علی الوصایا و الضرب فیه مع الغرماء و مصالحهٔ المالک عنه مع آخر الی غیر ذلک من أحکام ما فی الذّمهٔ، مع ان تملک غیر من تلف المال بیده لما فی ذمّهٔ من

القواعد الفقهیهٔ (للفاضل)، ص: ۱۵۵

تلف المال بیده بمجرّد دفع البدل لا یعلم له بسبب اختیاری و لا قهریّ بل المتجه علی ما ذکرنا سقوط حق المالک عمن تلف المال بیده بمجرد أداء غیره لعدم تحقق موضوع التدارک بعد تحقق التدارک مع ان اللازم مما ذکره ان لا یرجع الغارم فیمن لحقه فی الأیدی العادیهٔ إلّا بمن تلف فی یده مع ان الظاهر خلافه فإنه یجوز له ان یرجع الی کل واحد ممّن بعده نعم لو کان غیر من تلف بیده فهو یرجع الی أحد لواحقه الی ان یستقرّ علی من تلف فی یده.

و منها ما افاده الشیخ الأعظم المتقدم فی ذیل مباحث الفضولی ممّا لفظه: «ان الوجه فی رجوعه هو ان السّابق اشتغلت ذمته له بالبدل قبل اللّاحق فاذا حصل المال فی ید اللّاحق فقد ضمن شیئاً له بدل فهذا الضمان یرجع الی ضمان واحد من البدل و المبدل علی سبیل البدل إذ لا یعقل ضمان المبدل معیّناً من دون البدل و إلا خرج بدله عن کونه بدلًا فما یدفعه الثانی فإنما هو تدارک لما استقرّ تدارکه فی ذمهٔ الأوّل بخلاف ما یدفعه الأوّل فإنه تدارک نفس العین معیّناً إذ لم یحدث له تدارک آخر بعد فإن أدّاه إلی المالک سقط تدارک الأوّل له و لا یجوز دفعه الی الأوّل قبل دفع الأول إلی المالک لانه من باب الغرامهٔ و التدارک فلا اشتغال للذمّهٔ قبل حصول التدارک و لیس من قبیل العوض لما فی ذمهٔ الأوّل فحال الأوّل مع الثانی کحال الضامن مع المضمون عنه فی انه لا یستحق الدفع الیه الّا بعد الأداء و الحاصل ان من تلف المال فی یده ضامن لأحد الشخصین علی البدل من المالک و من سبقه فی الید فیشتغل ذمّته امّا بتدارک العین و أمّا بتدارک ما تدارکها و هذا اشتغال شخص واحد بشیئین لشخصین علی البدل کما کان

القواعد الفقهیهٔ (للفاضل)، ص: ۱۵۶

فی الأیدی المتعاقبهٔ اشتغال ذمهٔ أشخاص علی البدل لشیء واحد لشخص واحد».

و استشکل علیه السیّد الطباطبائی فی حاشیهٔ المکاسب:

أوّلًا: بان کون العین حین ضمان اللاحق لها متصفهٔ بکونها ذات بدل لا یوجب ضمانه للبدل أیضاً فإن سبب الضمان لم یتحقق بالنسبهٔ إلی البدل الذی هو فی ذمهٔ السابق إذ لم یثبت البدل فی ید اللاحق کما ثبت نفس العین و دعوی کونه من توابع العین کما تری إذ لیس هذا من شئون العین کالمنافع و النماءات حتی یکتفی بقبض نفس العین فی قبضه.

و ثانیاً: بانا لو سلّمنا ذلک کان مقتضاه ضمان البدل ایضاً لمالک العین لا للسّابق فان البدل الذی فی ذمّهٔ السابق ملک لمالک العین فمقتضی الضمان هو ان یکون بدل البدل ایضاً للمالک و لا وجه لکونه لمن علیه البدل.

و ثالثاً: بأنه لو فرض ان العین بعد ما صارت فی ید اللّاحق رجعت الی السابق ثانیاً و تلفت فی یده کان مقتضی ما ذکره هو جواز رجوع السابق الی اللاحق مع ان العین قد تلفت فی یده و ذلک لانه یصدق فی اللاحق انه ضمن شیئاً له بدل فکان مقتضی ما ذکره هو ضمانه امّا بنفس العین أو للسابق ببدلها مع ان المسلم خلاف ذلک فان تلف العین قد کان بید السابق فکیف یحوز له الرجوع الی

اللاحق الی آخر ما ذکره من الإیرادات السّبعة و لکن عمة ما یرد علی الشیخ قده بملاحظة ما ذکرنا فی معنی علی الید انّ ما علی الید و علی عهدتها هی نفس العین فی جمیع الحالات و بالإضافة الی جمیع الأیادی المتعاقبة من دون فرق بین حال البقاء و بین حال التلف و کذا بین الید السابقة و الید اللاحقة و الانتقال الی البدل انّما هو

القواعد الفقهیة (للفاضل)، ص: ۱۵۷

فی مرحلة الأداء الذی له مراتب فالثابت علی الید بمقتضی حدیثه هی نفس العین مطلقا و علیه فالتفکیک بین ضمان السابق و بین ضمان اللاحق لا وجه له مع ان نسبة الحدیث إلیهما علی السّواء کما اعترف به فی الإیراد علی صاحب الجواهر قده.

و إن کان نظره قده الی الطولیة التی عرفتها فقد مرّ الجواب عنها ایضاً فراجع.

و منها ما افاده المحقق الخراسانی قده فی حاشیته علی المکاسب مما لفظه: «و أما حدیث جواز رجوع الید السّابقة إلی اللّاحقة لو رجع إلیها المالک المستلزم لکون قرار ضمان التالف علی من تلف عنده مع المساواة فیما هو سبب الضمان فهو ایضاً من آثار حدوث سبب ضمان ما کان فی ضمان الآخر لواحد آخر و أحکامه عند العرف و یؤیّده الاعتبار و لم یردع عنه فی الاخبار فلا بد من الالتزام به شرعاً کما هو الحال فی جلّ أحکام الضّمان حیث انه لا وجه له الّا الثبوت عرفاً و عدم الردع عنه شرعاً و کشف ذلک عن إمضاء الشارع فیما إذا أطلق دلیل الضمان فتدبّر جیّداً».

و عبارته و إن کانت ظاهرة فی الطولیة الّا ان هذه الطولیة المتقدمة التی منعناها فان هذه الطولیة مرجعها الی السبق و اللحوق فقط لا الی کون المضمونیّة للأول داخلة فی دائرة ضمان الثانی کما لا یخفی.

و منها ما افاده سیدنا العلامة الأستاذ البروجردی قده فی مباحث کتاب الغصب علی ما قرّره بعض الأعاظم من تلامذته فإنه بعد ان ذکر ان مفاد علی الید الضمان و التعهّد الذی یعبّر عنه بالفارسیّة ب «عهده داری» و لیس مفاده اشتغال الذمة بشیء فإن الضمان اعتبار من اعتبارات العقلاء

القواعد الفقهیة (للفاضل)، ص: ۱۵۸

یعتبرونه للعین حتی فی حال وجودها قال: «یمکن ان یکون الوجه فی المسألة أی مسألة جواز رجوع السابق الی اللّاحق ان السابق و إن حکم علیه بالضمان من جهة صدور الغصب منه و لکن کان متمکّناً حین وجود العین من الخروج عن العهدة بأداء العین الی مالکه من دون ان یصیر متضرّراً بسبب ذلک و بعد ان أخذها منه الید اللّاحقة لزمه المثل أو القیمة فصارت هی الباعثة لتضرره فیستحق بذلک الرجوع علیها و بعبارة اخری العین المغصوبة و إن لم تکن ملکاً للید السّابقة و لکنها کانت بحیث یستحقّ ان یستخلص من الضمان بسبب أدائها فکأنّ العین کانت متعلقة لحق السابق و حدیث علی الید کما یدل علی ضمان العین کذلک یدل علی ضمانها لمن کان هذه متعلقة لحقّه نظیر العین المرهونة إذا غصبها غاصب فإنه یضمن للراهن نفس العین و للمرتهن متعلق حقّه و بالجملة فلو کانت العقلاء یحکمون باستحقاق السابق للرجوع الی اللاحق فلعله کانت من جهة انهم یرون للسابق حقّا متعلقاً بالعین و هو عبارة عن استحقاقه لان یخرج نفسه من الضمان بسبب هذه العین من دون ان یرد علیه ضرر و الضرر المتوجه علیه من المثل أو القیمة انما هو من جهة غصب اللّاحق فیرجع علیه ذلک قال: و لعلّ مراد الشیخ قده من عبارته المتقدمة».

و یرد علیه أوّلًا عدم جریانه فی جمیع فروض المسألة لانّ من جملتها ما إذا کان وقوع العین فی ید اللاحق بإذن من السّابق مع الاعلام بکونه غصباً مأخوذاً عدواناً و علی سبیل غیر مشروع فإنه لا یکون الضرر المتوجه علیه فی هذه الصّورة الّا من قبل نفسه لان وقوعه فی ید اللاحق کان بإذن منه.

القواعد الفقهیة (للفاضل)، ص: ۱۵۹

و ثانیاً عدم کون الغصب موجباً لتعلّق حق الغاصب بالعین المغصوبة و کون أدائها الواجب موجباً لسقوط ضمانه لا یستلزم تعلّق حقّ بها أصلًا و النظیر بالعین المرهونة إذا غصبها غاصب فی غیر محلّه.

و منها ما افاده بعض الاعلام على ما فى تقريراته فى البيع من ان الغاصب الأوّل يملك بأدائه التالف المعدوم كملك المعدوم فى باب الخيارات فكما ان فى موارد الإتلاف إذا غصب مثلًا أحد مال الغير فأتلفه لا شبهة ان للمالك ان يرجع الى المتلف إذا أراد و يأخذ منه بدل ماله و ما بقى من ماله من الرضاض و الكسور فهو للضامن و ليس للمالك ان يدعى كون الرضاض له و لا يلزم الجمع بين العوض و المعوض كما انه لو كان للأجنبى فهو خلاف البداهة فيكون للضامن فكذلك فى المقام يكون التالف للغاصب الأوّل بالمعاوضة القهرية و نتيجتها جواز الرجوع ببدله الى من تلف فى يده نعم قد يكون اعتبار الملكية لغواً كما إذا كان الغاصب واحداً فتلف عنده المال فأخذ المالك منه فاعتبار ملكية التالف هنا لغواً و ليس التلف بمجرده مانعاً عن اعتبار الملكية فى المقام لما عرفت نظيره فى باب الخيارات و بالجملة رجوع السابق الى اللّاحق انما هو مقتضى السّيرة العقلائية القطعيّة كما هو واضح.

و أنت خبير بأنه ان كان مراده الاتكاء على نفس السيرة العقلائية فهو يرجع الى كلام المحقق الخراسانى قده من كون رجوع السابق الى اللاحق من الآثار العقلائية للضمان و الأحكام العرفية الثابتة له و إن كان مراده توجيه السّيرة و بيان الوجه لها كما هو ظاهر صدر العبارة فيمكن المناقشة فى ذلك بعدم كون اعتبار المعدوم ملكاً مما يساعده العقلاء مطلقا

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۱۶۰

و المراد بملك المعدوم فى باب الخيار ان كان هو ان التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له فلا مجال له لما قد اشتهر فى وجهه من انه تنفسخ المعاملة آناً ما قبل التلف و تدخل العين فى ملك من لا خيار له ثمّ يقع التلف فى ملكه لوجود الدليل عليه و إن كان المراد هو التلف فى يد من ليس له الخيار كما إذا كان تلف المبيع فى يد المشترى فى زمن خيار البائع فإنّه بعد ما فسخ البائع ينتقل المبيع التالف الى ملكه بمقتضى الفسخ فيرجع الى بدله من المثل أو القيمة لتعذّر ردّ عينه فالأمر و إن كان كذلك من جهة الرجوع الى البدل الّا انه لم يعلم كون وجهه اعتبار التالف ملكاً للبائع الفاسخ بل من أحكام الفسخ عند العقلاء و الشارع انه إذا كان الفسخ مع بقاء العين تنتقل العين الى الفاسخ و إذا كان مع تلفه ينتقل بدله اليه فتدبّر جيّداً.

و منها ما اختاره المحقق العراقى قده فى رسالة عثرت عليها بعد نقل الوجوه المتقدمة و هى رسالة فى تعاقب الأيادى و قد ألّفها فى أواخر عمره الشريف و هى مطبوعة فى ذيل شرحه لكتاب القضاء لشيخه أستاذ الكل المحقق الخراسانى قده و ملخّصه ان الظاهر من العامّ ان ما على اليد عين ما أخذت لا إضافته بالجملة و لا قصور فى اعتبار تعدّد وجود ما أخذت حسب تعدّد الأيدى بملاحظة تعدّد الابدال القائمة عليها و بملاحظة ان وجود البدل نحو وجود للمبدل و هذه الجهة هى مصحّح العنايتين فى وجودات العين على حسب تعدّد الأيدى و عليه فمرجع على اليد فى اليد الاولى ان كون ما هو تحت يده و استيلائه بأخذه على يده فكأنه قال ان ما هو تحت يده على يده و لازمه اعتبار وجود آخر لما تحت يده بجعله فوقها و لازمه اعتبار عناية فى اعتبار العين فوق اليد و عليها و حينئذ يبقى الكلام فى ان

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۱۶۱

محلّ اعمال العناية تارة نفس وجود العين و يقال ان الوجود بالعناية على اليد حقيقة بمعنى إبقاء مدلول على و الاستعلاء على حقيقته بلا تصرف فيه و اخرى محلّ اعمال العناية هو مدلول على و إن الوجود الحقيقى للعين الذى هو تحت اليد كان على اليد بلا تصرّف فى وجود العين ابداً و يترتب على كل واحد من العنايتين نتائج متعددة منها انه على العناية الأولى كان الوجود الاعتبارى للعين قبل أداء الضامن إياه ملك الضامن حقيقة إذ هو حينئذ عين بدله الذى هو قبل أدائه ملك الضامن غاية الأمر عناية كونه عين ما أخذت موجب لاستحقاق مطالبة المالك إياه و هذا بخلاف العناية الثانية إذ وجود العين بالحقيقة فى أىّ مكان كان هو ملك المالك فرجوع المالك الى الضامن من جهة سلطنته على أخذ ماله غاية الأمر حيث لا يتمكن الضامن لا يجب عليه الّا بدله و حينئذ فما على اليد ليس ملك الضامن و إن ما هو ملكه هو البدل المسقط للعين و من تبعات هذه الجهة من الفرق بين العنايتين تتولد نتيجة اخرى و هى ان بمقتضى العناية الأولى يصدق ان اليد اللّاحقة واردة على وجودى العين اللذين هما فى اليد و على اليد ففى الحقيقة استيلاء الثانى على

العين استيلاء على وجود العين بجميع أنحائه و شئونه فكأنّ اليد الثانية بمنزلة كأس آخر قائم على الكأس الأوّل الحاوى للعين بشئونها و لازمه إحداث ما أخذت عيناً اعتبارياً على يد الثانى للمالك و عيناً اعتبارية أخرى على اليد الثانية للضامن و بهذه الملاحظة يقال ان اليد الثانية أيضاً مشغولة بمال الضامن غاية الأمر ليس للضامن السابق مطالبة اللاحق إلا فى ظرف أدائه ما عليه من البدل لأن أدائه موجب لتلف ماله فله الرجوع الى اللاحقة حينئذ انتهى.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۱۶۲

و أنت خبير بان كلامه هذا تقريب آخر للطولية و هى مخالفة لظاهر على اليد ما أخذت الذى نسبته إلى الأيادى على حدّ سواء كما عرفت و أحسن الوجوه المتقدمة ما أشار إليه المحقق الخراسانى قده من كون ذلك اى رجوع السابق الى اللاحق بعد الأداء من الأحكام العقلائية فى موارد ثبوت الضمان و لم يردع عن الشارع و اللازم حمل الإطلاق عليه و هذا المقدار يكفى فى الحكم بالجواز و البحث عن وجهه ليس بلازم كما لا يخفى.

الأمر الثالث- لو كانت العين المغصوبة متعلقة لحقّ الغير

كما إذا كانت مرهونة عند المرتهن و صارت مغصوبة فى هذا الحال فهل مقتضى حديث على اليد الضمان فى مقابل المالك الرّاهن فقط نظراً الى كونه مالكاً للعين أو ان مقتضاه الضمان فى مقابل المرتهن ايضاً لكون العين متعلقة لحقّه و لا بد و إن تكون عنده وثيقة للدين الذى له على عهدة الرّاهن؟ الظاهر هو الوجه الثانى لأنه كما يصدق الأخذ بالإضافة الى ما للمالك من العين كذلك يصدق بالنسبة الى ما للمرتهن من الحقّ فإنه بالغصب قد تحققت الحيلولة بين المرتهن و بين وثيقة دينه و قطعت يده عن العين المرهونة و لا مجال لدعوى عدم صدق الأخذ بالإضافة إلى الحقّ بعد كون أخذه بأخذ ما هو متعلّق له كما لا يخفى و منه يظهر أن الأداء الرافع للضمان فى مثله هو الأداء الى من تعلّق حقّه به لا الأداء الى المالك لأن الأداء الى المالك رافع لضمانه بالإضافة إليه فقط و يبقى ضمانه فى مقابل المرتهن و هذا بخلاف الأداء الى المرتهن فإنه رافع لكلا الضمانين و مسقط لكلتا العهدتين و لم يؤخذ فى الحديث خصوص الأداء الى المالك مسقطاً و رافعاً للضمان بل المأخوذ مطلق الأداء و ظاهره إرجاع العين الى ما كانت عليه قبل الأخذ و الاستيلاء فان

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۱۶۳

كانت عند المالك أو وكيله فاللازم الأداء اليه أو الى وكيله و إن كانت عند من تعلّق حقه بها فاللازم الإرجاع إلى مستحقّها كما لا يخفى.

و مثل الرهن فى تعلق الحقّ ما لو كانت العين المغصوبة موقوفة بناء على القول بكون العين الموقوفة باقية فى ملك الواقف غاية الأمر صيرورتها متعلقة لحقّ الموقوف عليهم امّا إذا قلنا بدخولها فى ملك الموقوف عليهم فهم حينئذ مالكون و الردّ إليهم ردّ الى المالك، كما انه لو قلنا بخروجها عن ملك المالك و صيرورتها على رءوس الموقوف عليهم أو الجهة الموقوف عليها بحيث تدرّ منافعها عليهم من دون دخول أصلها فى ملكهم كما اختاره سيدنا العلامة الأستاذ البروجردى قده مؤيّداً له بتعدّى الفعل ب «على» فيقال وقف عليه فكان المال الموقوف سحاب جعلها المالك على رءوس الموقوف عليهم حتى تمطر لهم فالظاهر انه ايضاً مثل الحقّ فيجب الردّ إليهم عيناً أو بدلًا و قد مر البحث فى هذه الجهة فراجع.

الأمر الرابع- هل حديث على اليد يشمل اليد المركبة

كما يشمل اليد المنفردة أم لا؟ و المراد باليد المركبة أن تكون فى البين يدان لا يستولى أحد منهما على جزء من المال بالمرّة بل يكون منهما مرتبطاً بالآخر بمعنى ان كلّا منهما لو لم يكن، لم يكن للآخر استيلاء بالمرة لا على الجزء و لا على الكلّ فيكون استيلاء

كـل منهما بانضـمام الأخر و يكون المجموع المركب مستولياً على المجموع المركب و ربما يشكل فى الشمول نظراً الى ان يـد كلّ منهمـا عارضـى خـال عن الاسـتقلال و انّما المستقل هو المجموع المركب فلا يصدق على أحدهما الاستيلاء و إثبات اليـد فلا وجه للضمان هذا و لكن الظاهر الشمول لان الملاک فى الضمان هو الاستيلاء هو متحقق هنا غاية الأمر ان المستولى

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۱۶۴

هو المجموع فالضـمان على المجموع و مرجعه الى ضـمان كل واحـد منهما النصف لانه لازم ثبوت الضـمان على اثنين و عـدم ثبوت ترجيح فى البين فكل واحد منهما ضامن لنصف العين كما هو ظاهر.

الأمر الخامس – كما يجرى الحديث فى اليد غير المنضمة فهل يشمل اليد المنضمّة أم لا؟

و المراد باليـد المنضـمّة هى اليـد المجتمعـة مع المالـك بحيث يكون المجموع المركب من المالـك و الغاصب مسـتولياً على العين و المالـك لـو ارتفـع لم يكن للغـاصب التسـلط كمـا انه لـو ارتفع الغـاصب لم يكن للمالـك تسـلط فيكون المركب منهمـا مسلّطاً على المجموع و ربما يشكل الحكم بالضمان هنا و إن قيل بثبوته فى الفرض المتقدم فى الأمر الرابع لانه لا معنى لضمان المجموع المركب بعد كون المالك جزء من هذا المجموع و بعضاً له و لا معنى لضمان المالك و بعبارة اخرى لو كان مفاد الحديث الحكم بضمان كل واحـد منهما مسـتقلًّا فالمفروض ان كل واحد منهما لا يكون مسـتولياً على المال و إنما المسـتولى هو المجموع و لو كان مفاده الحكم بضمان المجموع فلا مجال للحكم بضمانه بعد كون بعضه هو المالك.

و لكن التحقيق شـمول الحديث لهذا الفرض ايضاً بتقريب ان مقتضاه هو الحكم بضمان المجموع المركب غاية الأمر ان لازمه التبعض على أجزاء المركب و التبعض على أجزاء المـال فـاذا لم يكن بعض الاـجزاء قابلًـا لان يكون ضامناً فـذلك لا يمنع عن ثبوت الضـمان بالنسبة إلى الأـخر القابـل لاـن يكون ضامناً و ليس المانع الابتـدائى إلّا كالمسـقط بحسب الاسـتدامة فلو فرض ان المالك ابرأ احـدى اليدين فى اليد المركبة فكما لا يوجب ذلك برأيه اليد الأخرى أيضاً بل يبقى ضمانها بحالها فكذلك المقام فان عدم صحة

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۱۶۵

انطبـاق المجموع على المالـك لا يوجب عـدم صـحة انطباقه على الغاصب ايضاً فالحق شـمول الحـديث لليـد المنضـمة كشـموله لليد المركّبة.

الأمر السادس – الظاهر عدم اختصاص الحديث بما إذا كان الموصول عيناً معيناً

بل يشـمل ما إذ كان مشاعاً فمن تسـلط على النصف دار بالإشاعة كما إذا أخرج أحد الشـريكين فى الدار شـريكه الأخر منها و استقل بالتصـرف فى الـدار فإنه مع كونه مسـتولياً على النصف المشاع لفرض تحقق الشـركة يصـدق الحديث بالإضافة إليه و يحكم بضـمانه بمقتضـاه و دعوى ان الاستيلاـء لاـ يتحقّق الّـا على الشـيء المعين ممنوعـة بل هو أمر عرفى متحقق فى المشاع كالمعيّن و لا ينافيه قوله حتى تؤدّى ضرورة إمكان تحقق الأداء فى مثل المشاع برفع المنع عن تصرف الشريك كما لا يخفى.

هذا تمام الكلام فى قاعدة ضمان اليد.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۱۶۷

الأوّل الإجماع على انه لم يجعل فى الشريعة حكم موجب لوجود السبيل للكافر على المسلم

و ثبوت السّلطة له عليه، و لم يظهر من أحد إنكار هذا الأمر، كما يظهر بالتتبع فى موارد هذه القاعدة كمسألة تزويج المؤمنة من الكافر و بيع العبد المسلم من الكافر، و غيرهما من الموارد، و بالجملة الظاهر تحقق الإجماع، و قد بلغ نقل الإجماع حدّ الاستفاضة بل التواتر،

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۲۳۴

كما يظهر بمراجعة كلمات الأصحاب (رض).

و لكن مع ذلك كله لا يكون الإجماع متصفاً بالأصالة و لا يكون حجة مستقلة؛ لأنه من المحتمل جدّاً ان يكون مستند المجمعين فى هـذه القاعدة بعض الأدلة الآتية، فلا يكون كاشفاً عن رأى المعصوم (عليه السلام) بل اللازم النظر فى تلك الأدلة من جهة التمامية و عدمها.

الثانى قوله تعالى وَ لَنْ يَجْعَلَ اللّهُ لِلْكافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا

«۱» و الظاهر من الآية ان المراد منها انه تعالى لم يجعل و لن يجعل بالجعل التشريعى حكماً موجباً لتحقق السبيل و السلطة للكافر على المؤمن، خصوصاً بعد ملاحظة ان الجعل التكوينى بمعنى الغلبة الخارجية التكوينية أمر متحقق مشاهد بالوجدان، و قد أخبر به تعالى فى بعض الآيات الحاكية عن ظفر الكفار و مغلوبية المسلمين، فسبيل الآية حينئذ سبيل آية نفى الحرج المشتملة على نفى جعل حكم حرجى فى الدّين، فكما أن آية نفى الحرج حاكمة على الأدلة الأولية الظاهرة فى ثبوت الحكم فى مورد الحرج ايضاً، و متصرفة فيها بالحمل على غير صورة الحرج، غاية الأمر بلسان الحكومة لا بلسان التخصيص، كذلك هذه الآية حاكمة على الأدلة الأولية الدالة على ثبوت الحكم فى مورد السبيل أيضاً، فهى حاكمة على مثل (أحلّ الله البيع) الدال بإطلاقه على نفوذ بيع العبد المسلم من الكافر، و على أدلة النكاح الدالة بإطلاقها على مشروعية تزويج المؤمنة من الكافر، و على أدلة ولاية الأب و الجدّ الدالّة كذلك على ثبوت الولاية لهما إذا كانا كافرين على الولد المسلم، و على غيرها من الأدلة الأولية الأخرى، و يوجب اختصاصها

---

(۱) سورة النساء الآية ۱۴۱.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۲۳۵

بما إذا لم يتحقق السّلطة و السبيل، و إلا لم تجعل مشروعيّة البيع و النكاح و الولاية المذكورات، و بالجملة هذه الآية، و إن لم يقع فيها التعبير بالدين كما فى آية الحرج، الّا ان الظاهر اتّحاد سبيلهما، و إن المراد من الجعل المنفى هو الجعل التشريعى المرتبط بمقام الاحكام و تشريعها، و على ما ذكرنا فدلالة الآية على القاعدة ظاهرة.

و لكن أورد على الاستدلال بالآية بأمور:

منها: ان قوله تعالى قبل ذلك فَاللّهُ يَحْكُمُ بَيْنَكُمْ يَوْمَ الْقِيامَةِ قرينة على انه ليس المراد بالآية ما ذكره المستدلّ، بل المراد بها نفى جعل الحجة للكافرين على المؤمنين فى يوم القيامة، بمعنى انه فى ذلك اليوم الذى هو يوم ظهور الحقائق و انكشاف الواقع، لا يبقى حجة بنفع الكافر على ضرر المسلم، بل تكون الحجة للمؤمنين على الكافرين، و يؤيد هذا المعنى ما رواه الطبرى فى محكىّ تفسيره عن ابن وكيع بإسناده عن أمير المؤمنين على بن أبى طالب (عليه السلام) قال: قال رجل: يا أمير المؤمنين أ رأيت قول اللّه وَ لَنْ يَجْعَلَ اللّهُ لِلْكافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا و هم يقاتلوننا فيظهرون و يقتلون. قال له علىّ (ع): ادنُه ثمّ قال (ع): «فَاللّهُ يَحْكُمُ بَيْنَهُمْ يَوْمَ الْقِيامَةِ و لَنْ يَجْعَلَ اللّهُ لِلْكافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا» يوم القيامة. و عن ابن عباس تفسير الآية بيوم القيامة، و إن المراد من السبيل فيها هى الحجّة «۱».

و الجواب: انّ مجرّد المسبوقيّة بذلك لا دلالة له على الاختصاص، و قد اشتهر ان المورد لا يكون مخصّصاً، غاية الأمر انّ المسبوقية توجب تعميم

---

(۱) جامع البيان المعروف بتفسير الطبرسى ۵: ۳۳۳.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۲۳۶

مفاد الآية و الحكم، بان مرادها ان اللّه لن يجعل الغلبة للكافر على المؤمن، لا فى مقام التشريع و جعل الاحكام، و لا فى يوم القيامة، و هـذا المعنى ممّا يساعـده و يؤيّده تناسب الحكم و الموضوع؛ فان عدم جعل السبيل بهذا النحو الكلى يناسب عدم ثبوت الغلبة فى يوم القيامـة، فتـدبّر، و أمّا الروايـة الواردة فى التفسير، فمضافاً الى عدم اعتبارها، فإن الغرض المهمّ فيها نفى جعل السبيل التكوينى و الغلبة الخارجية، الأمر الذى يكذبه الوجدان؛ لثبوتها فى الخارج وجداناً، و لا دلالة لها على نفى الجعل التشريعى بوجه.

و منها: ان المراد بالسبيل هى الحجّة كما عن بعض المفسّرين، و قـد ورد فى الخبر ايضاً، و هو ما روى فى العيون «۱» عن ابى الحسن (عليه السـلام) ردّاً على من زعم ان المراد بهـا نفى تقـدير اللّه سـبحانه بمقتضـى الأسـباب العاديـة، تسـلط الكفـار على المؤمنين، حتى أنكروا؛ لهذا المعنى الفاسد الذى لا يتوهّمه ذو مسكة، انّ الحسين بن على (ع) قتل، بل شبه لهم و رفع كعيسى (ع)، فيكون مفادها: انه تعالى لن يجعل حجـة للكافر على المؤمن، بل الحجـة للثانى على الأوّل، فيكون سبيل الآية سبيل قوله تعالى «۲» كَتَبَ اللّهُ لَأَغْلِبَنَّ أَنَا وَ رُسُلِي، بناء على ان يكون المراد منه هى الغلبة فى مقام الحجة و الاحتجاج، فالحجة فى جميع الموارد بنفع المؤمن و فى جانبه.

و الجواب: ان حمل السبيل على الحجـة ان كان بلحاظ المسـبوقية بيوم القيامـة، فقد عرفت الجواب عنه، و إن كان فى نفسه، فلا مجال له، لعدم الدليل عليه أصلًا؛ فإن السّبيل له معنى عام يشمل الحجة و غيرها،

---

(۱) عيون اخبار الرضا (ع) ۲: ۲۰۳.

(۲) سورة المجادلة الآية: ۲۱.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۲۳۷

و لا وجه لحملة على خصوصـها، مع انه ربما يقال بأنه على هذا التقدير ايضاً يتم الاسـتدلال بالآية؛ نظراً الى ان حجة الملك و الزوجية و الولاية من أعظم الحجج فتأمّل.

و منها: ان الكافرين و كـذا المؤمنين فى الآيـة جمعان محلّيان باللّام مفيدان للعموم، و عليه فمفاد الآية: انه تعالى لم يجعل لكل فرد من افراد الكافر على كل فرد من افراد المؤمن سبيلًا، فهى تدل على سـلب العموم لا عموم السلب، الذى هو المدعى، فلا تنافى الآية وجود السبيل لبعض افراد الكفار على جميع افراد المسلم فضلًا عن بعضه، كما لا يخفى.

و الجواب وضوح كون المراد من الجمعين هو الجنس الذى هو أحد معانى الجمع المحلى باللّام، و مناسـبة الحكم و الموضوع تقتضى ذلك ايضاً، مع ان سلب العموم فى الآية يدل على عموم السّلب؛ بعدم القول بالفصل، و الآية لا تنفيه بوجه، كما لا يخفى.

الثالث ما رواه الصّدوق «۱» فى باب ميراث أهل الملل من قوله (ص): الإسلام يعلو و لا يعلى عليه،

و الكفار بمنزلـة الموتى لا يحجبون و لا يورثون. و ضـعف السـند مجبور باشـتهار التمسك به بين الفقهاء و اسـتنادهم إليه فى الموارد المختلفة.

و توضيح دلالته على القاعدة ان قوله (ص): الإسلام يعلو و لا يعلى عليه، لو لم يكن مذيّلًا بالذيل المذكور، لكان يحتمل ان يكون فى مقام الاخبار عن علوّ الإسلام فى مستقبل الزمان، و انه ينتشر فى أقطار العالم،

---

(۱) من لا يحضره الفقيه ۴: ۳۳۴.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۲۳۸

و تنحصـر مرتبة العلوّ و الحكومة به، و يصير نظير قوله تعالى «۱» هُوَ الَّذِى أَرْسَلَ رَسُولَهُ بِالْهُـدىٰ وَ دِينِ الْحَقِّ لِيُظْهِرَهُ عَلَى الدِّينِ كُلِّهِ وَ

لَوْ كَرِهَ الْمُشْرِكُونَ* بناء على كونه إخباراً بغلبة الدين الحنيف على سائر الأديان فى عهد مولانا صاحب العصر و الزمان (عجل اللّه تعالى فرجه).

و لكن الذيل المذكور فى الحديث يرشدنا إلى أمرين، أحدهما: كون الرواية فى مقام الإنشاء و الجعل دون الاخبار، و الآخر: كون مقابل الإسلام هو الكفار دون الكفر، فالمراد بالإسلام هو المسلمون المتدينون به لا نفس الإسلام.

و بعد ذلك يتضح المراد من الحديث الشريف، و إن معناه ان المسلم لم يجعل عليه حكم يوجب علوّ الكافر عليه، بل الأحكام المجعولة فى الإسلام فى ما يرجع الى الأمور التى بين المسلمين و الكفار كلها مجعولة للمسلمين، و قد روعى فيها جانبهم و لوحظ فيها علوّهم، فملكية الكافر للمسلم الموجبة لعلوّه عليه غير مجعولة فى الإسلام، من دون فرق بين ان يراد بيعه منه و بين ان يسلم العبد الكافر للمولى الكافر، و هكذا غير الملكية من الزوجية و الولاية و غيرهما.

فالإنصاف تمامية دلالة الحديث على القاعدة، الّا ان يناقش فيها من إذ السند؛ نظراً الى ان المقدار المجبور بالشهرة و الاستناد انّما هو صدر الرواية دون جميعها، و صدرها فى نفسه لا ـ ينطبق على القاعدة كما عرفت، الّا ان يقال ان فهم الفقهاء منه ذلك دليل على اعتبارهم لذيل الرواية أيضاً، فتأمّل.

---

(۱) سورة الصّف الآية: ۹.

هذا و لكن لصاحب كتاب «العناوين» «۱» تحقيق فى هذا المقام يظهر منه دلالة الحديث على القاعدة مع قطع النظر عن الذيل أيضاً، فإنه بعد نفى كون المراد بعلوّ الإسلام هو علوّ الشرف و الرتبة؛ نظراً الى كونه سبيل النجاة دون سائر الأديان، قال ما ملخصه: «ان كان المراد الاخبار عن ان الإسلام تزيد شوكته و قوّته بحيث يعلو على سائر الأديان بكثرة المتدينين و الأعوان، فلا ريب ان الاخبار عن هذا المعنى ليس ممّا هو وظيفة للشارع من إذ هو كذلك، مع انّا نرى علوّ سائر الأديان و كثرة الكفر و الشرك و مقهورية المسلمين، و احتمال إرادة أنّه يعلو فى أواخر الأزمنة بحيث يضمحل الكفر، فالاخبار عن هذا المعنى ممّا لا ريب فى بعده عن الخبر عند الإنصاف، سيّما مع التأكيد بقوله: و لا يعلى عليه؛ فان الظاهر من إثبات العلوّ للإسلام فى المستقبل، و إن كان أعم من كونه دائماً أو فى زمان من الأزمنة، لكن نفى علوّ غيره فى المستقبل، مع حذف المتعلق و الزّمان، ظاهر فى النفى دائماً، فالفقرة الأولى مجملة فى إثبات العلوّ من هذه الجهة، و المتيقن منه بعض الأزمنة، و لكنه لا ينفى العلوّ فى الجميع، و الفقرة الثانية دالة على عدم علوّ غيره مطلقا؛ لانّ المصدر فى ضمن الفعل نكرة، فاذا دخل عليه أداة النفى اقتضى العموم المستلزم لنفى جميع افراد العلوّ فى الزمن المستقبل، و هذا مدلول لا معارض له فى الفقرة الأولى، غاية الأمر دورانه بين علوّ الإسلام فى بعض الأوقات، و مساواته مع للكفر فى بعض آخر، أو علوّه دائماً، فيدور الأمر بين الاحتمالين، و على اىّ تقدير يكون مدلول الخبر الاخبار عن عدم علوّ الكفر على الإسلام فى وقت من الأوقات، و لازمه

---

(۱) عناوين الأُصول مير فتاح ۲۹۹.

الكذب؛ لأنا نرى بالوجدان قوة الكفار و مقهورية المسلمين فى بعض الأزمنة، فلا وجه لحمل الخبر على الاخبار، بل ينحصر الطريق فى حمله على الإنشاء».

ثمّ انه مما ذكرنا ظهر ان حمل الرواية على ان الإسلام يعلو فى الحجة و البرهان على سائر الأديان فى غاية البعد، و ليس احتماله مبطلًا للاستدلال بها، خصوصاً بعد عدم مساعدة معنى العلوّ للغلبة على الخصم فى مقام الاحتجاج؛ لان العلوّ بمعنى التسلط و الغلبة بالحجة

ليس تسلّطاً على الخصم.

نعم هنا اشكال على الاستدلال بالرّواية و كذا بآية نفى السبيل المتقدمة، و هو ثبوت السبيل و العلوّ للكافر على المسلم فى الجملة كما إذا اقترض المسلم من الكافر غير الحربى، أو أتلف ماله، فإنه لا شبهة فى ثبوت التسلط و السبيل للكافر على أخذ ماله و ثبوت الضمان للمسلم فى مقابله.

و أجيب عن ذلك تارة بالالتزام بالتخصيص فى مفاد الدليلين، و أخرى بعدم شمولهما لمثل هذه الفروض، حتى يحتاج الى التخصيص؛ لان المتبادر منهما عدم جعل السبيل و كذا عدم ثبوت العلوّ بأصل الشرع، بمعنى ان الشارع لم يسلط الكافر على المسلم ابتداء، و أمّا إذا فعل المسلم فعلًا سلّطه به على نفسه، فلا دخل لذلك بالإسلام و علوه، و انّما هو شيء خارجى.

و الجواب عن الأوّل وضوح كون الدليلين سيّما الآية المشتملة على كلمة «لن» آبيين عن التخصيص؛ ضرورة منافاة لحنهما لعروض ایّ

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۲۴۱

تخصيص عليهما.

و عن الثانى مضافاً الى النقض بما إذا أرادت المرأة المؤمنة تزويج نفسها من الكافر، فإنه لا فرق بينه و بين صورة الاقتراض بوجه، مع انهم لا- يقولون بالجواز فى النكاح انّ منشأ التسلط فى هذه الفروض ايضاً جعل الشارع و حكمه بلزوم أداء القرض الى المقرض، و كون الإتلاف سبباً للضمان؛ ضرورة انه مع عدم هذا الجعل لم يكن المقترض ملزماً بالأداء و لا المتلف ضامناً لماله أصلًا، فالإشكال لا يندفع بمثل ذلك.

و يمكن الجواب عن النقض بان عدم جواز تزويج المرأة المؤمنة نفسها من الكافر مستند الى الرّوايات الخاصة الواردة فى مورد، و لم يعلم انّ الوجه فيه هى قاعدة نفى السبيل، بل يمكن ان يكون بملاك آخر لا يوجد فى مثل الاقتراض و الضمان.

الرّابع دليل الاعتبار أو مناسبة الحكم و الموضوع،

بمعنى ان شرف الإسلام و عزّته يقتضى ان لا يجعل فى أحكامه و شرائعه ما يوجب ذلّ المسلم و هو انه، و قد حصر اللّه تعالى «۱» فى كتابه العزيز العزة بنفسه و برسوله و بالمؤمنين، و عليه فكيف يمكن ان يجعل اللّه حكماً يكون سبباً لعلو الكفار على المسلمين و منافياً للعزة الموجودة فيهم المنحصرة بهم؟ و هذا ليس من باب اعمال الظن فى استخراج الحكم الشرعى، حتى يقال: إن الأصل فى الظن عدم الحجية و الاعتبار إلا إذا قام دليل عليه، بل من باب تنقيح المناط القطعى، بل يكون استظهاراً من الأدلة اللفظية على ما عرفت.

---

(۱) سورة المنافقون الآية: ۸.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۲۴۲

قال المحقق البجنوردى «۱» (قده) بعد ذكر هذا الدليل: «و عندى ان هذا الوجه أحسن الوجوه للاستدلال على هذه القاعدة، لأنه مما تركن النفس اليه و يطمئن الفقيه به».

أقول: الظاهر ان هذا الوجه ايضاً لا ينطبق على جميع موارد القاعدة، فإن مثال التزوج المتقدم من موارد القاعدة على حسب قولهم، مع انه لا- يكون فيه ذلّ بوجه؛ فإن الزوجية المتقوّمة بالطرفين المفتقرة إلى رضا كليهما، كيف تكون مستلزمة للذل و الهوان إذا أرادت المؤمنة ان تزوج نفسها من الكافر، فهل ارادة التزويج من ناحية المرأة ارادة للوقوع فى المذلّة؟ أم هى متاع يشتريها الزوج بأغلى الثمن، كما فى بعض الروايات الواردة فى جواز النظر إليها قبل العقد، و كون الطلاق بيد الزوج الذى هو من أخذ بالساق لا يوجب كون التزويج هواناً و ذلّاً.

الخامس ما دلّ على وجوب التعظيم للشعائر

و حرمهٔ الإهانهٔ من العقل و النقل؛ فان الشارع إذا حرّم على الناس اهانهٔ الشعائر و منها المؤمن، فكيف يرضى بتسلط الكافر عليه، مع ان فيه من الإهانهٔ ما لا يخفى.

و يرد على هذا الوجه ما ورد على الوجه السابق.

و قد انقدح من جميع ما ذكرنا فى هذا المقام تماميهٔ بعض الأدلهٔ التى استدل بها على القاعدهٔ، و إن كان بعضها الأخر مخدوشاً كما عرفت، فلا مجال للمناقشهٔ فيها من إذ الدّليل.

المقام الثانى– فى مفاد القاعدهٔ

قد ظهر مما ذكرنا فى المقام الأوّل خصوصاً ما مرّ فى تقريب دلالهٔ آيهٔ نفى السبيل ان مفاد القاعدهٔ انه لم يجعل

---

(۱) القواعد الفقهيهٔ للبجنوردى ۱: ۱۶۲.

القواعد الفقهيهٔ (للفاضل)، ص: ۲۴۳

فى الشريعهٔ الإسلاميهٔ حكم يوجب ثبوت السبيل للكافر على المؤمن و علوّه عليه، فكل ما يرى خلافه من مفاد الأدلهٔ الأوليهٔ الدالهٔ بعمومها أو إطلاقها على تحقق السبيل و العلوّ فهو غير مجعول للّه تبارك و تعالى، فنسبهٔ القاعدهٔ إلى تلك الأدلهٔ نسبهٔ الدليل الحاكم الناظر الى الدليل المحكوم الشارح له و المبين للمراد منه سعهٔ و ضيقاً، كنسبهٔ قاعدهٔ نفى الحرج إلى الأدلهٔ الأوليهٔ من دون فرق بينهما أصلًا، فكل ما يوجب ثبوت السبيل الكافر على المؤمن بأى نحو كان فهو غير مجعول فى الشريعهٔ، و إن كان مقتضى الأدلهٔ الأوليهٔ الثبوت، فآيات الإرث و إن كانت مطلقهٔ من جههٔ الوارث الّا ان قوله (ص) فى روايهٔ: الإسلام يعلو و لا يعلى عليه، الكفار بمنزلهٔ الموتى لا يحجبون و لا يورثون، يوجب تضييق دائرتها و اختصاص الإرث بالوارث المسلم إذا كان المورث مسلماً.

المقام الثالث– فى موارد تطبيق القاعدهٔ

و هى و إن كانت كثيرهٔ فى مختلف أبواب الفقه، إلّا أنا نقتصر على إيراد جملهٔ منها، فنقول:

منها: تملك الكافر للعبد المسلم بأىّ نحو من أنحاء التملك الاختيارى، سواء كان بالبيع أو الشراء أو بمثل الصلح و الهبهٔ و غيرهما من النواقل الشرعيهٔ، فإن هذا التملك غير جائز بمقتضى قاعدهٔ نفى السبيل؛ لان التملك من أوضح مصاديق السبيل المنفى فى القاعدهٔ، و كذا من أظهر أفراد العلوّ، فهو غير مجعول و غير ممضى فى الشريعهٔ.

و لأجله لو وقع تملكه له قهراً، كما إذا انتقل إليه بالإرث من المورّث الكافر، الذى لم يتحقق البيع عليه قهراً بعد، أو أسلم العبد الكافر فى ملك مولاه الكافر، فإنه لا يقر يده عليه، بل يباع عليه قهراً، و إن كان المولى

القواعد الفقهيهٔ (للفاضل)، ص: ۲۴۴

غير راض به، كما يدل عليه مرسل حماد بن عيسى عن ابى عبد اللّه «۱» (عليه السلام) ان أمير المؤمنين (ع) أتى بعبد ذمى قد أسلم فقال: اذهبوا فبيعوه من المسلمين و ادفعوا ثمنه الى صاحبه و لا تقروه عنده، و هذه الروايهٔ متعرضهٔ لحكم كلا التملكين الاختيارى و القهرى، امّا الأوّل فقوله: فبيعوه من المسلمين، الظاهر فى عدم جواز البيع من الكافر، و أمّا الثانى فهذا القول ايضاً بلحاظ الأمر بالبيع قهراً على مولاه، و قوله: لا تقروه عنده.

و فى هذا المورد من موارد تطبيق القاعدهٔ جهات من البحث:

الاولى انه ذكر الشيخ «۲» الأعظم الأنصارى (قدس سره) ان هذه القاعدهٔ معارضهٔ بعموم أدلهٔ صحهٔ البيع، و وجوب الوفاء بالعقود، و

حلّ أكل المال بالتجارة عن تراض، و عموم الناس مسلطون على أموالهم.
مع انّك عرفت في المقام الثاني ان هذه القاعدة كقاعدة نفي الحرج حاكمة على الأدلة الأولية الدالة بعمومها أو إطلاقها على ثبوت السبيل و العلوّ للكافر على المسلم، فدليل صحة البيع و إن كان يشمل بإطلاقه هذا البيع، الّا ان مقتضى حكومة هذه القاعدة الالتزام بعدم كون إطلاقه مراداً للمولى، و إن كان ثابتاً بمقتضى اللفظ، فلا مجال حينئذ لدعوى المعارضة بعد ثبوت الحكومة و وضوح تقدم الدليل الحاكم على الدليل المحكوم كما قد حقّق في محلّه من علم الأصول.

(١) الوسائل ١٢: ٢٨٢ ب ٢٨ من أبواب آداب التجارة ح ١.
(٢) المكاسب: ١٥٩.

الثانية الظاهر ان مرسلة حمّاد المتقدمة الدالة على لزوم بيع العبد المسلم للذمي من المسلمين بمنزلة المفسّر للآية الدالة على انه تعالى لن يجعل سبيلًا للكافر على المؤمن، بعد وضوح كونها آبية عن التخصيص، و مقتضى تفسيرها لها ان نفس الملكية لا تكون سبيلًا، بل السّبيل هى الملكية المستقرّة، بمعنى ان الشارع لم يرض ببقاء ملك الكافر للعبد المسلم، و لذا أوجب على الحاكم بيعه من المسلمين و دفع ثمنه اليه، و يدلّ عليه قوله (ع): و لا تقرّوه عنده، الظاهر في ان المبغوض هو إقراره عنده، و أمّا حمل السبيل على السلطنة غير المنافية للملكية، غاية الأمر كون المالك محجوراً عليه في التّصرف مجبوراً على بيعه، كما افاده الشيخ الأعظم (قده) في كتاب «١» المكاسب فممّا لا دليل عليه، مضافاً الى ان الكافر لا يكون محجوراً عليه في التصرف كالصغير؛ لانه لو أراد بيع عبده بنفسه يكون بيعه صحيحاً، بخلاف الصغير إذا أراد بيع عبده، و إلى ان نفس الملكية مع الاستقرار سبيل على الظاهر و علوّ قطعاً، نعم يبقى على ما ذكرنا أمران:
أولهما ان لازم ما ذكرنا ان لا يكون تملك الكافر للعبد المسلم غير جائز؛ لأن المفروض ان المنفى هى الملكية المستقرة، لا أصل الملكية مع انه خلاف الفتاوى.
ثانيهما ان مقتضى الرواية لزوم البيع عليه و النهى عن إقراره عنده، و هذا لا ينافى ثبوت الملكية المستقرة؛ لأنه لو فرض عدم تحقق البيع عصياناً أو لعدم وجود المشترى مثلًا يكون العبد باقياً على ملك الكافر، و قد عرفت فرض إرث الكافر العبد المسلم من المورّث الكافر، فالرواية الدالة

(١) المكاسب: ١٥٩.

على الأمر و النهى المتقدمين لا تنفى الملكية المستقرّة.
و الجواب عن الأمر الأوّل: انه لا ملاءمة بين الحكم بجواز التملك و بين الحكم بلزوم البيع عليه و النهى عن إقراره عنده، فمن ثبوت الثانى كما هو المذكور في الرّواية يستكشف عدم ثبوت الأوّل، و هذا بخلاف العبد المنعتق على المشترى بمجرد الاشتراء، فان الانعتاق لا ينافى الحكم بصحة الاشتراء بل هو مترتب عليه و متفرع على تحققه، بخلاف المقام الذى لا يجتمع الحكم فيه بصحة البيع من الكافر مع الحكم بلزوم البيع عليه فوراً، كما لا يخفى، مضافاً الى ظهور الرواية في اختصاص جواز البيع بالمسلمين.
و قد أجاب المحقق «١» البجنوردى (قده) عن الوجه الثانى بالالتزام بالتخصيص، بمعنى ان الرواية تكون مخصصة للآية و دالة على ان هذا المقدار من الملكية الموقتة، أى: البقاء الى زمان تحقق البيع، قد خرج عن تحت العموم تخصيصاً بالرواية.
مع انك عرفت إباء سياق الآية عن التخصيص، و إن الرواية بمنزلة المفسّر لها و المبين للمراد منها، و حينئذ يبقى الإشكال بحاله، و هو

انه ان كان المراد من السبيل المنفى هى الملكيـة المسـتقرة، فالروايـة لا تنافيها، و إلا كان اللازم الانعتاق عليه قهراً، من دون حاجة الى البيع عليه، مضافاً الى عدم ملاءمة حكم الشارع بالملكية المستقر للحكم بإيجاب البيع عليه و النهى عن إقراره عنده.

فاللّازم اما الالتزام بعدم حجية الرّواية؛ لكونها مرسلة، و لا فرق فى عدم اعتبارها بين المرسلين كما هو المحقق فى محلّه، و عليه فاصل الملكية

---

(۱) القواعد الفقهية ۱: ۱۶۵.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۲۴۷

عرفـاً من مصـاديق السبيـل المنفى، فهى غير مجعولـة فى الشـريعة، و أمّا الالتزام بعـدم إباء سـياق الآيـة عن التخصـيص، و دعوى كون الرواية مخصـصة لها كما عرفت من بعض، و أمّا الالتزام بعدم كون الملكية المستقرة أيضاً من مصاديق السبيل، بدعوى كون السبيل له معنى لاـ ينـافى الملكيـة، كالسـلطنة التى أشار إليها الشـيخ (قـده) على ما مرّ، و أمّا الالتزام بكون السبيل المنفى هى الملكيـة المسـتقرة المتداولة التى لم يجعل فى مقابلها الحكم بلزوم البيع و النهى عن الإقرار، فافهم.

الثالثة لو قلنا بدلالة الآية و الرواية المتقدمة على بطلان بيع العبد المسلم من الكافر، و عدم جواز تملكه له، فلا يبقى مجال لاستصحاب الصـحة فى ما إذا كان كفر المشترى مسـبوقاً بالإسـلام أو إسـلام العبـد مسـبوقاً بالكفر، و التتميم فى غيره بعـدم القول بالفصل، لا لان الاستصـحاب تعليقى و هو غير جـار؛ لاـنّ الاستصـحاب التعليقى فى مـا إذا كـان التعليق شـرعيّاً جار، و المقام و إن لم يكن التعليق فيه شرعيا، الّا انه ليس بتعليقى أصلًا؛ لأن المشترى كان فى زمن إسـلامه جائز البيع منه منجّزاً لا بنحو التعليق، و كـذا العبـد فى زمن كفره كان جائزاً بيعه كذلك؛ بل لانه لا مجال للاستصحاب مع وجود الدليل اللفظى الذى هو الأمارة.

و لو لم نقل بـدلالتهما على البطلان فلا يبقى مجال للاستصـحاب المـذكور أيضاً؛ لأن المرجع حينئذ عمومات أدلة الصـحة، و معها لا تصل النوبـة إلى الاستصـحاب و إن كان موافقاً لها، فلا مجال على كلا التقـديرين للرجوع الى الاستصـحاب كما فى كلام الشـيخ «۱» الأعظم (قده).

---

(۱) المكاسب: ۱۵۹.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۲۴۸

ثمّ انه ظهر من جميع مـا ذكرنـا ان بيع العبـد المسـلم من الكـافر الـذى ينعتق عليه بمجرد تحقق الملـك لا مانع منه أصلًا؛ لعـدم تحقق السبيل المنفى بأىّ معنى كان فى هذا الفرض، فان الحكم بثبوت الملكية له انّما هو بعنوان المقدمة للانعتاق؛ لانه لا معنى لانعتاقه عليه إذا لم تتحقق ملكيته له كما لا يخفى، و الملكية بهذا العنوان لا تكون سبيلًا بوجه.

و منها: اجارة المسـلم نفسه من الكافر، أو إجارة العبد المسـلم من الكافر، و فيه أقوال كثيرة: القول بعدم الجواز مطلقا، و القول بالجواز كذلك، و القول بالتفصـيل بين ان تكون الإجارة على الذّمة فتصح و بين ان تكون على العين كما إذا استأجره مدة من الزمان شهراً أو سنـة فلا تصح؛ حكى ذلك عن جامع «۱» المقاصد و المسالك «۲»، و القول بالتفصـيل بين الحرّ و العبد، فتصح فى الأوّل دون الثانى، حكى ذلك عن الشهيد فى الدروس «۳»، و القول باختلاف الموارد من جهة تحقق السبيل و العلوّ من دون فرق بين الإجارة على الذمة و الإجارة على العمل الخارجى، و من دون فرق بين الحرّ و العبد أصلًا.

و منشأ الاختلاف بعـد كون الـدليل منحصـراً بقاعـدة (نفى السبيل) هو اختلاف الانظار و الآراء فى تحقق السبيل و عـدمه، و كـذا فى تحققه مطلقا أو فى بعض الفروض، و اللازم ملاحظة هذه الجهة.

فنقول: الظاهر عدم تحقق السبيل فى شىء من فروض الإجارة،

(۱) جامع المقاصد ۷: ۱۵۶.

(۲) سالك الأفهام ۱: ۲۵۷.

(۳) على ما نقل فى المسالك ۱: ۲۵۷، و لم نعثر فى الدروس.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۲۴۹

حتى فى مثل اجارة العبد للخدمة للكافر؛ فإنّ الإجارة المتقومة برضا الطرفين المفيدة لملك المنفعة لا تؤثر إلّا فى استحقاق المؤجر للأجرة و المستأجر للخدمة، و مجرد الاستحقاق لا يوجب تحقق السبيل المنفى، و كذا كون المنفعة خدمة و كون الأجير عبداً؛ لعدم الفرق بين الخدمة و الخياطة مثلًا و عدم الفرق بين الحرّ و العبد من هذه الجهة، فكما ان استيجار الحرّ للخياطة لا يوجب تحقق السبيل و العلوّ، فكذلك استيجار العبد للخدمة.

فالظاهر عندى هو القول الثانى، و هو الجواز مطلقا؛ لما ذكر، و مما ذكرت يظهر حكم اعارة العبد المسلم للكافر؛ فإنه لا مانع منها؛ لعدم تحقق السبيل بمجرد تأثير العارية فى ثبوت حق الانتفاع بالعين المعارة؛ لعدم كون مثل هذا الحق موجباً لتحقق السبيل و العلوّ.

ثمّ انه بعد جواز الإعارة يظهر ان الحكم بالجواز فى الإيداع عنده يكون بطريق أولى؛ لأن مجرد تسليط الكافر على حفظ العبد المسلم من دون ان يكون له حق الانتفاع ايضاً، لا يكون سبيلًا و علوّاً أصلًا، و كون تشخيص كيفية الحفظ بيد الكافر، لا يقتضى سبيلًا له عليه، فلا مانع من الإيداع.

و منها: جعل العبد المسلم رهناً عند الكافر و فيه أقوال: المنع مطلقا، كما عن القواعد و الإيضاح، و الجواز مطلقا، و التفصيل بين ان يكون العبد المسلم المرهون عند مسلم حسب رضاء الطرفين فيجوز و بين ان يكون تحت يد الكافر فلا يجوز، كما اختاره الشيخ الأعظم (قده) «۱».

و الظاهر هو الثانى؛ لأن مجرد كونه وثيقة عند الكافر و تحت يده

(۱) المكاسب: ۱۵۹.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۲۵۰

لغرض استيفاء الدين منه فى فرض عدم أدائه من ناحية الرّاهن، لا يوجب كونه سبيلًا و علوّاً، و المباشر للبيع فى هذا الفرض ليس هو الكافر بنفسه بل المالك أو الحاكم عند امتناعه.

و منها: وقف العبد المسلم على الكافر، و فيه ايضاً أقوال ثلاثة: القول بالمنع مطلقا، و القول بالجواز مطلقا، و التفصيل بين ما إذا لم يكن الوقف موجباً لتحقق السبيل و العلوّ كما إذا وقفه على تعليم أقاربه الكفار أو معالجة مرضاهم فيجوز، و بين ما إذا وقفه على خدمتهم، بان يكون خادماً لهم أو خادمة فلا يجوز.

و الحقّ انه ان قلنا بان الوقف فى مثله موجب لتحقق الملكية للموقوف عليهم، و إن الوقف فيه من موجبات الانتقال، فالظاهر عدم الجواز مطلقا؛ لانّ نفس الملكية سبيل و علوّ، و إن كان ممنوعاً من بعض التصرفات كالبيع و نحوه.

و لو قلنا بان الوقف لا- يوجب ملكية الموقوف عليهم، فالظاهر هو الجواز مطلقا؛ لما ذكرنا فى باب الإجارة من عدم اقتضائها لتحقق السبيل و العلوّ، و إن كان أجيراً للخدمة.

و منها: انه لا يجوز جعله قيّماً على صغار المسلمين و سفهائهم، بل و مجانينهم، و كذا ليس له الولاية على تجهيز الميت المسلم الذى يكون أباه و دفنه و تكفينه، و لا- تتوقف هذه الأمور على اذنه، و الوجه فى ذلك قاعدة نفى السبيل؛ نظراً الى وضوح كون الولاية و مثلها سبيلًا منفيّاً.

و منها: انه لو قلنا بتوقف صحة نـذر الولـد على اذن الوالـد، لا يكون هناك توقف إذا كان الولـد مسلماً و الوالد كافراً، و كذا لو قلنا: يتمكن الوالد

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۲۵۱

من حلّ نذره، لا يكون هناك تمكن فى الصورة المفروضة؛ لوضوح كون التوقف على الاذن و كذا التمكن من الحلّ سبيلًا و علوّاً.

و منهـا: انه لا- يجوز جعـل الكـافر متولّياً على الوقف الراجع الى المسـلمين كالمـدارس الدينيّـة الموقوفـة على طلاب العلوم الدينيـة، و المستشـفى الـذى يكون وقفاً على مرضـى المسـلمين، و كذا المدارس التى توقف على أولاد المسـلمين لتحصـيلهم فيها، فلا يجوز فى مثلها جعل الكافر متوليا، بحيث يكون الدخول و الخروج باذنه و اختياره، فإنه سبيل منفى بلا اشكال.

و منها: عدم ثبوت حق الشـفعة و الأخذ بها للكافر، إذا كان المشترى مسـلماً، سواء كان البائع مسلماً أم كافراً؛ و ذلک لان مرجع ثبوت هـذا الحق إلى تسـلط الكافر لأخذ حق المشترى بلا اذن منه بل قهراً عليه، و مقتضـى دليل ثبوت الشـفعة و إن كان هو الإطلاق، الّا أن حكومة قاعدة نفى السبيل عليه تقتضى تقييده بالمسلم.

و منها: ان نكاح الكافر يبطل بإسـلام الزوجة ان لم يسلم الزوج الكافر فى العدّة؛ نظراً الى ان بقاء الزوجية مع كفر الزوج يرجع الى علوّ الكـافر على الزوجـة المسـلمة، و إن يكون له سبيـل عليهـا؛ لان الرّجال قوّامون على النّساء. و لكنّک عرفت انّ مسألـة النكاح لا ترتبط بقاعـدة نفى السبيل، لعـدم كون الزوجية موجبة لتحقق السبيـل و العلوّ بعد تساوى نسـبتها الى الزوجين، و وجوب إطاعة الزوج إذا أراد الاستمتاع و الوطى لا يوجب تحقق السبيل، بعد ثبوت بعض الأحكام الوجوبية فى ناحية الزوج ايضاً كلزوم النفقة و السكنى و اللباس و غيرها، و قد عرفت ان الحكم بعدم جواز تزويج المرأة المؤمنة نفسها من الكافر مستند الى الروايات

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۲۵۲

الخاصـة الـواردة فى هـذا المجـال، لا- إلى قاعـدة نفى السّبيـل، و عليه فيمكن ان يقـال باسـتفادة الحكم بالبطلاـن فى المقـام من تلك الرّوايـات؛ نظراً إلى انه إذا لم يرض الشـارع بالحـدوث فالظـاهر عـدم رضـائه بالبقـاء ايضاً، و أمّا قوله «۱» تعـالى «الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ» فلم يعلم ان المراد بالرجـال هم الأـزواج و بالنساء هن الزوجات، بل هو فى مقام تفضيـل الجنس على الجنس و اللازم الرجوع الى التفسير.

و منهـا: عـدم ثبوت حق القصـاص للكـافر إذا كـان القاتـل مسـلماً؛ فان ثبوت هـذا الحق من أظهر مصاديق السبيل، و مقتضـى حكومة القاعدة على أدلة القصاص عدم ثبوته فى هذا الفرض، و لكن مقتضـى ما ذكروه فى باب إتلاف المسلم مال الكافر من ثبوت الضمان له عليه لأـنّ منشـأه فعـل نفس المكلف ثبوت القصاص هنا أيضاً؛ لأن موجبه القتل المتحقق من القاتل فأىّ فرق بين الإتلاف الموجب للضـمان و بين القتل الموجب للقصاص، و العمـدة فى هـذا المقام ايضاً روايات دالة على ان المسـلم لا يقتص منه بيد الكافر، لا قاعدة نفى السبيل.

و منها غير ذلک من الموارد الكثيرة التى تظهر بعد التتبع فى مختلف أبواب الفقه.

خاتمة- تشتمل على بيان أمرين:

أولهما لا شبهة فى ان المراد بالمؤمنين فى آية نفى السبيل خصوصاً بقرينة المقابلة مع الكافرين هو المسلمون

و هم المظهرون و المعترفون بنبوة نبيّنا محمد (ص) و انه رسول من قبل اللّه، و إن كلّ ما جاء به من الاحكام

(۱) سورة النساء: ۳۴.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۲۵۳

فهو حق و من عنـد اللّه، و يعترفون بوجوب الصـلاة و الزكاة و الصوم و الحـج و هو الذى كما فى الرواية الآتية به حقنت الدماء و عليه جرت المواريث و جاز النكاح و اجتمعوا على الصلاة و الزكاة و الصوم و الحج، و بالجملة المراد بالايمان ما يوجب الخروج عن حدّ الكفر و تحقق الإضافة الى الايمان، و عليه فلا شـبهة فى عدم اختصاص الآية بالمؤمن فى مقابل المخالف الذى هو اصطلاح خاص، و لا فى عدم اختصاصها بالمؤمن الذى يراد به من استقر فى قلبه و ورد الإسلام فيه كما يشعر به قوله «۱» تعالى فى الاعراب وَ لكِنْ قُولُوا أَسْلَمْنا وَ لَمّا يَدْخُلِ الْإِيمانُ فِي قُلُوبِكُمْ.

و يـدلُّ على عدم الاختصاص رواية «۲» حمران بن أعين عن ابى جعفر (عليه السـلام) قال: سـمعته يقول: الايمان ما اسـتقر فى القلب و أفضـى به الى اللّه عزّ و جلّ و صـدقه العمـل بالطّاعـة للّه و التسـليم لأمره، و الإسـلام ما ظهر من قول أو فعل، و هو الـذى عليه جماعة النـاس من الفرق كلّهـا، و به حقنت الـدّماء و عليه جرت المـواريث و جـاز النكـاح و اجتمعـوا على الصـلاة و الزكـاة و الصوم و الحج فخرجوا بـذلك من الكفر و أضـيفوا الى الايمـان، الى ان قال: فهل للمؤمن فضل على المسـلم فى شـىء من الفضائل و الأحكام و غير ذلك؟ فقال: لا هما يجريان فى ذلك مجرى واحد.

و بالجملة المراد بالمؤمن فى الآية مقابل الكافر لا الأخص من المسلم.

ثمّ الظاهر عـدم اختصاص الحكم فى ناحيـة الكافرين و كذا فى جانب المؤمنين بخصوص البالغين منهم، بل الآية تعم الأطفال من كلا الطرفين،

---

(۱) سورة الحجرات: ۱۴.

(۲) أُصول الكافى ۲: ۲۶.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۲۵۴

فلا يجوز بيع العبد المسلم من أطفال الكفار، و كذا بيع طفل المسلم إذا كان عبداً من الكفار، و كذا إذا كان كلا الطرفين طفلًا.

و الـدليل على عـدم الاختصاص وحـدة الملاك و المناط المسـتفاد من الآية، و إن شـرف الإسـلام و عزّه مانع عن جعل السبيل للكافر على المؤمن، هذا ان لم نقل بصحـة اسـتعمال اللفظين فى غير البالغين كما ربما يدعى، و أمّا ان قلنا بالصحة فالآية تدل بالعموم اللفظى على ذلـك و هو الظاهر؛ لان ولـد المسـلم مسـلم حقيقـة يترتب عليه أحكام الإسـلام، و ولـد الكافر كافر كـذلك يترتب عليه أحكام الكفر، و على كلا التقديرين فالآية لا تختص بالبالغين كما عرفت.

ثانيهما- [فى موارد استثنيت من القاعدة]

انا و إن ذكرنا إباء سـياق آية «۱» نفى السبيل عن التخصـيص؛ نظراً الى عدم ملاءمة لحنها خصوصاً مع اسـتعمال كلمة «لن» فيها لورود التخصيص عليها، الّا انه ربما يقال بأنه استثنى من القاعدة موارد لا بأس بالتعرض لها:

منها: ما إذا كان الاشتراء سـبباً للانعتاق، اى كان للبيع ممّن ينعتق على المشترى؛ لكونه أباً له مثلًا؛ نظراً إلى صحة هذا الاشتراء و دخول العبد المسلم فى ملك الكافر بسبب الشراء؛ فان هذه الملكية و إن كانت سبيلًا، لكنها مستثناة من آية نفى السبيل.

و قـد عرفت ان هـذه الملكيـة التى يكون الالتزام بها انّما هو لكى يتحقق موضوع الانعتاق؛ لانه لا معنى لانعتاقه عليه إذا لم يـدخل فى ملكه، لا يكون سبيلًا بوجه، و عليه فخروج هذا المورد انّما هو بنحو التخصص

---

(۱) سورة النساء الآية: ۱۴۱.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۲۵۵

لا التخصيص.

و منها: من أقرّ بحريّة مسلم ثمّ اشتراه و هو كافر، فإنه يؤخذ بمقتضى إقراره، و يحكم عليه بالحريّة ظاهراً، و بعبارة اخرى: يصحّ البيع و يحكم بحريّته بعده، و إن كان بحسب الواقع عبداً، و لا مجال لتوهم العلم بفساد البيع، لأنه ان كان المبيع عبداً لا يجوز بيعه من الكافر، و إن كان حرّا لا يصح بيعه مطلقا، فالبيع فاسد على ایّ تقدير، وجه بطلان التوهّم. انّ إقراره بالحرية لا يكون نافذاً قبل البيع؛ لأنه إقرار فى حقّ عبد الغير، فقبل البيع يكون محكوماً بالعبودية، فلا مانع من تحقق البيع من هذه الناحية، و أمّا بعد البيع من المقر فحيث يكون إقراره معتبراً، لكونه فى حق عبد نفسه، يترتب عليه آثاره فيصير حرّا، و من المعلوم انه لا مانع من صحة بيعه منه و الحال هذه، و لكن ليس ذلك لأجل قيام دليل على التخصيص فى مقابل الآية، بل لما عرفت من عدم كون مثل ذلك سبيلًا و علوّاً، فالخروج انما هو بنحو التخصّص.

و منها: ما إذا قال الكافر لمولى العبد المسلم: أعتق عبدك عنى، فأعتقه عنه، فإنه إذ لا يمكن العتق عن الغير الّا بعد الدخول فى ملكه، لانه لا عتق إلّا فى ملك، فالبناء على صحة العتق المزبور كما هو المشهور يوجب الالتزام بالدخول فى ملك الكافر و تحقق العتق عنه. هذا و لكن ذلك لا يقتضى الالتزام بالتخصيص فى مفاد الآية؛ لوضوح ان الالتزام بالملكية لأجل توقف صحة العتق عليها لا يوجب تحقق السبيل و العلوّ بل خروجه بنحو التخصّص.

و منها: ما إذا اشترط بائع العبد المسلم على الكافر المشترى عتقه،

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۲۵۶

فإن المحكى عن الدروس و الروضة انه مستثنى عن عموم الآية و الرّواية.

و الظاهر انه ان كان الشرط بنحو شرط الفعل لا شرط النتيجة، لا دليل على الاستثناء، فان مجرد التزام المشترى بأن يعتقه لا يخرجه عن السبيل المنفىّ، و لا دليل على الخروج عن الحكم، نعم إذا كان بنحو شرط النتيجة يصير هذا المورد من قبيل كون المبيع ممن ينعتق على المشترى.

فانقدح من جميع ما ذكرنا انه لا يوجد مورد يكون خروجه عن آية نفى السبيل بنحو التخصيص، و إن الموارد الخارجة انما يكون خروجها بنحو التخصص.

هذا تمام الكلام فى قاعدة نفى السبيل.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۲۵۷

الأوّل الكافر المنتحل للإسلام كالخوارج و الغلاة و النواصب و المجسمة و نحو ذلك، إذا رجع الى الإسلام، فهل يكون مشمولًا للقاعدة أم لا؟

نسب الى ظاهر إطلاق الأصحاب أنه ايضاً كالكتابى و الوثنى فى هذا الحكم، و لكنه محلّ تردّد و إشكال؛ لانه ربما يقال: ان المتبادر من حديث الجبّ هو الإسلام المسبوق بكفر صرف لا تديّن بالإسلام فيه، و يمكن الإيراد عليه بان المقصود من التدين بالإسلام ان كان هو التدين الواقعى فهو لا يجتمع مع كفرهم، كما هو المفتى به للأصحاب، و إن كان هو التدين الاعتقادى فهو ينكشف خلافه بعد الإسلام؛ لأن المنتحل بعد ما أسلم يرى انه كان غير مسلم، و الاعتقاد السابق لا يجدى، كما ان الكافر لا يرى نفسه كافراً فى زمان كفره، و عليه فلا يبعد ان يقال بالشمول.

الثانى الظاهر عدم شمول القاعدة للمخالف

إذا استبصر؛ لما عرفت من انّها فى مقام التحريض و الترغيب بالإسلام فى مقابل الكفر، فلا دلالة لها على حكم المخالف بوجه، بل لا

بد فی استفادهٔ حکمه من الرجوع الی القواعد الأخری، مثل قاعدهٔ (لا تعاد) فی باب الصلاهٔ و غیرها، و قد ورد فی باب زکاته روایات خاصّهٔ.

القواعد الفقهیهٔ (للفاضل)، ص: ۲۷۸

الثالث الکافر إذا أسلم فی أثناء العبادهٔ،

کما إذا أسلم فی نهار شهر رمضان و لم یأت بشیء من المفطرات، فهل یتحقق الجبّ بالنسبهٔ إلی مجموع هذه العبادهٔ فلا یجب علیه صوم ما بقی من النهار و لا- قضاؤه، أو لا- یتحقق الجبّ فلا- بد من الإتیان بها أداءً لو کان له فرض أو قضاء کما فی مثال الصوم المذکور، أو یتحقق الجبّ بالنسبهٔ الی ما مضی فی حال الکفر دون ما بقی، فیأتی بالباقی مؤمناً مسلماً؟ وجوه و احتمالات، و لا یبعد ترجیح الاحتمال الأخیر.

الرّابع الواجبات الموسّعهٔ إذا أسلم الکافر و قد مضی من وقتها مقدار یمکن أداؤها فیه

مع الشرائط، و لم یأت بها علی ما هو المفروض؛ لکونه کافراً، فهل یسقط التکلیف بها أم لا؟ فیه وجهان:

من تعلق الخطاب به قبل الإسلام؛ لأن المفروض مضی مقدار من الوقت یمکن أداؤها فیه، فیکون مشمولًا للقاعدهٔ، فلا یجب علیه الإتیان بها فیما بقی من الوقت، و من استمرار الخطاب فی آنات الوقت الموسع و استصحاب اشتغال الذمهٔ و الشک فی شمول القاعدهٔ لهذه الصورهٔ، فیجب علیه الإتیان بها.

و ربما یؤید الوجه الأول ملاحظهٔ أن الواجبات الموسعهٔ ما دام العمر، کصلاهٔ الزلزلهٔ و قضاء الصّلوات الیومیهٔ، لا ریب فی سقوطها بالإسلام؛ فإن الکافر إذا أسلم فی شهر شوال، فلا ریب فی عدم وجوب قضاء شهر رمضان علیه، مع ان قضاء رمضان موسّع بحسب الرّخصهٔ إلی رمضان الآتی، و بحسب الاجزاء الی آخر العمر، و لا یری فرق بین الواجبات الموسعهٔ أصلًا.

القواعد الفقهیهٔ (للفاضل)، ص: ۲۷۹

أقول: الظاهر هو الفرق؛ فان وجوب القضاء متفرع علی الفوت، و بعد اقتضاء الحدیث کون الترک کالعدم، لا یبقی مجال لوجوب القضاء، و وجوب صلاهٔ الزلزلهٔ مسبّب عنها، و قد مرّ ان الحدیث یشمل الأحکام الوضعیهٔ أیضاً، و هذا بخلاف مثل صلاهٔ الظهر التی دخل وقتها ثمّ أسلم بعد مضیّ مقدار من الوقت یمکن أداؤها فیه، فإنه لا مجال للحکم بسقوطها بالقاعدهٔ مع فرض سعهٔ الوقت و إمکان الأداء، و هو مسلم فتدبّر.

هذا تمام الکلام فی قاعدهٔ الجبّ.

القواعد الفقهیهٔ (للفاضل)، ص: ۲۸۱

الأوّل-

قوله تعالی لَیسَ عَلَی الضُّعَفَاءِ وَ لَا عَلَی الْمَرْضَی وَ لَا عَلَی الَّذِینَ لَا یجِدُونَ مَا یُنْفِقُونَ حَرَجٌ إِذَا نَصَحُوا لِلَّهِ وَ رَسُولِهِ مَا عَلَی الْمُحْسِنِینَ مِنْ سَبِیلٍ وَ اللَّهُ غَفُورٌ رَحِیمٌ وَ لَا عَلَی الَّذِینَ إِذَا مَا أَتَوْکَ لِتَحْمِلَهُمْ قُلْتَ لَا أَجِدُ مَا أَحْمِلُکُمْ عَلَیهِ تَوَلَّوْا وَ أَعْینُهُمْ تَفِیضُ مِنَ الدَّمْعِ حَزَناً أَلَّا یجِدُوا مَا یُنْفِقُونَ إِنَّمَا السَّبِیلُ عَلَی الَّذِینَ یسْتَأْذِنُونَکَ وَ هُمْ أَغْنِیاءُ رَضُوا بِأَنْ یکُونُوا مَعَ الْخَوَالِفِ وَ طَبَعَ اللَّهُ عَلَی قُلُوبِهِمْ فَهُمْ لَا یعْلَمُونَ «۱».

---

(۱) سورهٔ التوبهٔ آیهٔ ۹۲ ۹۳ ۹۴.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۲۸۲

و قد ذكر المفسر العظيم القدر صاحب مجمع البيان «۱» في شأن نزول الآيات: قيل ان الآية الأولى نزلت في عبد اللّه بن زائدة و هو ابن أم مكتوم و كان ضرير البصر جاء الى رسول اللّه (ص) فقال: يا نبيّ اللّه انّي شيخ ضرير خفيف الحال نحيف الجسم، و ليس لي قائد فهل لي رخصة في التخلف عن الجهاد فسكت النبي (ص)، فانزل الله الآية عن الضحاك، و قيل: نزلت في عائد بن عمرو و أصحابه عن قتادة، و الآية الثانية نزلت في البكائين، و هم سبعة نفر منهم عبد الرحمن بن كعب و علية بن زيد و عمرو بن ثعلبة و ابن غنمة، و هؤلاء من بني النّجار و سالم بن عبير و هرم بن عبد اللّه و عبد اللّه بن عمرو بن عوف و عبد اللّه بن معقل من مزينة جاءوا الى رسول اللّه (ص) فقالوا: يا رسول الله احملنا؛ فإنه ليس لنا ما نخرج عليه، فقال: لا أجد ما أحملكم عليه، عن أبي حمزة الثمالي، و قيل: سبعة نفر من قبائل شتّى أتوا النبي (ص) فقالوا له: احملنا على الخفاف و البغال، عن محمد بن كعب و ابن إسحاق، و قيل: كانوا جماعة من مزينة عن مجاهد، و قيل: سبعة من فقراء الأنصار، فلما بكوا حمل عثمان منهم رجلين، و العباس بن عبد المطلب رجلين، و يامين بن كعب النضرى ثلاثة، عن الواقدي، قال: و كان الناس بتبوك مع رسول اللّه (ص) ثلاثين ألفاً منهم عشرة آلاف فارس».

و على ما ذكرنا فالمراد من السبيل المنفي بالنسبة إلى المورد هو العذاب و العقاب الأخروي، كما انه المراد بالسبيل المثبت في مورد الآية الثالثة،

---

(۱) مجمع البيان ۴: ۱۱۸.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۲۸۳

و لكنّه إذ لا يكون المورد مخصّصاً، و قوله «۱» تعالى مٰا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ منزلة ضابطة كلية و قاعدة عامّة، لا بد من الالتزام بعدم اختصاص السبيل بالعقاب، بل له معنى عام شامل لكلّ ما يكون بضرر المحسن و موجباً لمؤاخذته و الأخذ به، سواء كان عقاباً في الآخرة، أو أمراً ضرريّاً عليه في الدّنيا، كضمانه و تغريمه و تعزيره، فله معنى عام يشمل الجميع، و هذا إجمال معنى القاعدة، و سيأتي التفصيل في الموقف الثاني إن شاء اللّه تعالى.

الثاني حكم العقل بقبح مؤاخذة المحسن على إحسانه،

و لعلّه اليه يشير قوله تعالى هَلْ جَزٰاءُ الْإِحْسٰانِ إِلَّا الْإِحْسٰانُ «۲»؛ فإن مرجعه الى ان مكافأة الإحسان لا تلائم الإساءة بل تنحصر في الإحسان، و بعبارة اخرى: المحسن منعم، و المنعم شكره انّما هو بالإحسان إليه، و يقبح كفرانه بنظر العقل، فلا معنى للحكم بضمانه في مورد إحسانه، مثلًا إذا رأى مال الغير في معرض التلف، كما إذا ذهب به السيل أو أطارته الريح مثلًا فأخذه بقصد حفظه و إيصاله الى مالكه ليتمكن من التصرف فيه و الاستفادة منه، فحفظه في محلّ معدّ للحفظ عرفاً، و لكنه على خلاف الانتظار سرق أو خرب السقف مثلًا فتلف المال، فهل الحكم بضمانه في هذه الصورة و أخذ المثل أو القيمة منه ملائم لإحسانه أو انه قبيح عند العقل؟ و هكذا سائر الموارد المشابهة مثل الوديعة التي أخذها المستودع إحساناً للمودع فحفظها في مكان كذلك، ثمّ عرض لها التلف بمثل ما ذكر، فهل يجوز عند العقل الحكم بتغريمه و تضمينه و أخذ المثل أو القيمة منه؟

---

(۱) سورة التوبة الآية: ۹۲.

(۲) سورة الرحمن آية ۶۰.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۲۸۴

و ربما يجاب عن هذا الوجه بأنه صرف استحسان، مع ان إثبات الحكم الشرعي على موضوع أو نفيه عنه لا يجوز بالظنون

الاستحسانية، بل لا بد من قيام دليل و حجة ثبتت حجيته بالحجية القطعية، فلو وجد سبب الضمان من إتلاف أو يد غير مأذونه أو تعدٍّ أو تفريط من الأمين أو غير ذلك من أسباب الضمان، لا يصح الحكم بعدم الضمان بصرف هذا الاستحسان.

و أنت خبير بأن إتلاف مال الغير لا يجتمع مع الإحسان، نعم فى ما إذا لم يكن الإتلاف عن عمد و التفات يمكن الاجتماع، و كذلك التعدّى و التفريط لا يجتمعان مع الإحسان، و المراد بالإذن ان كان أعم من إذن المالك و الشارع لم يتحقق مورد من موارد الإحسان يكون خالياً عن اذن واحد منهما، كما لا يخفى.

و على ما ذكرنا يرد على هذا الوجه انّ الحكم بعدم الضمان فى غير مورد الإتلاف و التعدى و التفريط لا يكون مستنداً إلى قاعدة الإحسان، بل الى عدم الدليل على الضمان؛ لاختصاص قاعدة ضمان اليد بغير اليد المأذونة من قبل المالك أو الشارع، و لا دليل على الضمان غير هذه القاعدة.

نعم لو فرض عنوان موجب للضمان و مجتمع مع عنوان الإحسان كالإتلاف فى حال النوم مثلًا فى الموارد المذكورة، لا مانع من الحكم فيه بعدم الضمان، و إن كان مقتضى قاعدة الإتلاف ثبوته، لان حكم العقل بعدم مكافأة الإحسان بالإساءة و التغريم حكم عقلى قطعى، و لا مجال لدعوى كونه من الظنون الاستحسانية غير القابلة لإثبات الحكم أو نفيه.

الثالث الإجماع على ثبوت هذه القاعدة

على ما يظهر من تتبع

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۲۸۵

كلمات الأصحاب؛ فإن الفقهاء يستدلون بها فى كتبهم و فتاويهم فى موارد كثيرة، فتراهم يستدلون بها على عدم ضمان المستودع، إذا كان المال عنده فى مكان معدّ للحفظ و مناسب له، ثمّ غير مكانه الى مكان آخر يعتقد أنه أحفظ من المكان الأول، و لكن انكسرت الوديعة أو تلفت فى حال النقل؛ نظراً الى كونه محسناً فى هذا النقل، و لا معنى لثبوت الضمان عليه للقاعدة، و هكذا الموارد الأخرى الكثيرة التى حكم فيها بعدم الضمان معلّلًا بالقاعدة.

و لكن الظاهر عدم اتصاف الإجماع بالأصالة و الكاشفية عن رأى المعصوم (ع) بل استناده الى الآية الشريفة كما يصرحون به كثيراً، و يؤيده تعبيراتهم المقتبسة من الآية من الإحسان و السبيل و غيرهما، فالإجماع لا يكون حجة برأسه فى مقابل الآية كما لا يخفى.

و قد انقدح من جميع ما ذكرنا فى هذا الموقف انه لا مجال للإشكال فى القاعدة من إذ المدرك و المستند.

الموقف الثانى- فى بيان المراد من هذه القاعدة و شرح معناها،

اشارة

و العمدة فى هذا الموقف ايضاً ترجع الى توضيح المراد من الآية الشريفة، فنقول: التكلم فى الآية من جهتين:

الجهة الاولى فى بيان المراد من مفردات الآية

«۱»، و هى عنوان الإحسان و مفهوم السبيل، و كلمتا «ما» و «على» فنقول: لا إشكال فى ان ما نافية، و الغرض منها افادة نفى السبيل و عدم ثبوته على المحسن، كما ان كلمة على للضرر، و مرجعها الى عدم ثبوت سبيل و حكم يوجب تضرّر المحسن و الإساءة إليه المقابلة للإحسان.

(۱) سورة التوبة الآية: ۹۲.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۲۸۶

و أمّا السّبيل فقد عرفت انه بلحاظ موارد الآيات و شأن نزولها يشمل العذاب الأخروى و العقوبة فى عالم الآخرة، و لكنّه لا يختص بها؛ لان المورد لا يكون مخصّصاً، بل قوله تعالى مٰا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ واقع فى مقام افادة قاعدة كلية و ضابطة عامة، غاية الأمر لا بد و إن يكون شاملًا للمورد و هو العذاب الأخروى؛ لئلا يلزم الاستهجان، فالسبيل له معنى عام يشمل ذلك، و التكاليف الشاقّة، و الأحكام الضررية الدنيوية، مثل الضمان و التعزير و شبههما.

و أمّا الإحسان فهل المراد منه خصوص جلب المنفعة، أو خصوص دفع المضرة، أو يعم كليهما؟ وجوه و احتمالات، و ربما يقال بالثانى كما حكاه صاحب العناوين «۱» عن شيخه الأستاذ، و لكنه نفسه اختار الوجه الثالث؛ نظراً الى شمول اللفظ لكليهما، بل ربما يكون صدقه على إيصال النفع أوضح و أظهر من صدقه على منع المضرة و دفعها.

و الظاهر انه لا- مجال للإشكال فى العموم و الشمول بمقتضى مفهوم اللفظ و معنى الإحسان، و لكن هنا موارد قد حكموا فيها بالضمان، و هى من موارد جلب المنفعة كما إذا أخذ دابّته بغير اذنه و ذهب بها الى المرعى؛ لكى ترعى فيه، أو نقل متاعه كذلك الى مكان للبيع بالثمن الأوفى، أو أخذ ماله كذلك للاسترباح به، و نحو ذلك؛ فإنه يكون مشتملًا على جلب المنفعة، و مع ذلك قد حكموا فيها بالضمان؛ لان الاستيلاء على مال الغير كان بغير اذنه، فان قلنا بأنّها من موارد قاعدة الإحسان يلزم الالتزام بالتخصيص فى مفادها، و سياقها آبٍ عن التخصيص، فاللازم بعد ثبوت الضمان فيها و عدم

---

(۱) عناوين الأُصول مير فتّاح، عنوان ۶۴: ۳۳۲.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۲۸۷

جريان المناقشة فيه الالتزام بخروجها عن عنوان الإحسان المذكور فى الآية الشريفة.

نعم ربما يقال: ان كون وضع اليد على مال الغير إحساناً، انما يكون كذلك فى صورة دفع المضرة، امّا فى صورة جلب المنفعة فليس إثبات اليد جلب نفع، بل إيصال النفع انّما هو بشىء آخر، فيتعلق الضمان بإثبات اليد، و لا ينفع بعد ذلك الإحسان المتأخر.

و يرد عليه مضافاً الى النقض بدفع المضرة، فإن المال قد يؤخذ من يد السارق مثلًا و قد يؤخذ من مكان يجرى فيه احتمال السّرقة بعداً و الفرض الثانى مماثل للامثلة المذكورة فى جلب المنفعة ان الإثبات بقصد الإحسان المتأخر نفسه إحسان كما لا يخفى.

ثمّ انه هل يعتبر فى مفهوم الإحسان مجرّد القصد اليه و اعتقاد كون عمله إحساناً، و إن لم يكن فى الواقع كذلك، أو يعتبر الواقع، بان يكون العمل بحسب الواقع دفع مضرة و منعها؟ أو يعتبر الأمران معاً، فلا يتحقق الإحسان إلّا بعد كونه بحسب الواقع كذلك، و كان اعتقاده مطابقاً للواقع؟ فلو سقى الدابة بلحاظ كونها عطشى و كانت فى الواقع كذلك، يكون هذا السقى متصفاً بالإحسان، فلو تلفت الدّابة فى حال السقى مثلًا لا يكون على الساقى المحسن ضمان، و هذا بخلاف ما لو اختل أحد الأمرين من الاعتقاد و الواقع؟ وجوه و احتمالات، يظهر ثالثها من صاحب العناوين «۱»، و ثانيها من المحقق البجنوردى «۲»، و قد استدلّ الأخير بأن الظاهر من

---

(۱) كتاب العناوين مير فتّاح، عنوان ۶۴: ۳۳۲.

(۲) القواعد الفقهية ۴: ۹.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۲۸۸

العناوين و المفاهيم التى أخذت موضوعاً للحكم الشرعى هو واقعها و المعنى الحقيقى لها، و لا شك فى ان العرف لا يفهم من لفظ الإحسان غير ما هو المعنى الحقيقى له.

أقول: لا خفاء في كون الظاهر من العناوين هو المعنى الحقيقى لها، انما البحث فى ذلك المعنى الحقيقى، و انه هل يعتبر فيه القصد و الاعتقاد كالعناوين القصدية التى تكون معانيها الحقيقية متقومة بالقصد، أو يعتبر فيه واقع دفع المضرة و منعها، و إن لم يكن مقصوداً بل و لا معتقداً به بوجه، أو يعتبر فيه كلا الأمرين؟ هذا و الظاهر بحسب نظر العرف هو الأخير، امّا اعتبار مصادفة الواقع فلا شبهة فيه، غاية الأمر انه مع عدم المصادفة ربما يكون معذوراً، و لا يعدّ محسناً، و أمّا اعتبار القصد فالظاهر انه ايضاً كذلك؛ لان العرف لا يرى غير القاصد للإحسان، بل القاصد للاساءة محسناً بمجرد مصادفة الواقع، فلو كان السقى فى المثال المذكور دفع مضرة بحسب الواقع و إساءة بحسب القصد و الاعتقاد، هل يكون السّاقى عند العرف محسناً؟ الظاهر لا؛ فالعرف يرى اعتبار كلا الأمرين، و لا يكتفى بوجود واحد منهما كما لا يخفى.

الجهة الثانية فى بيان المراد من مجموع الجملة الواقعة فى الآية،

فنقول: الظاهر ان هذه الآية «۱» كآية «۲» نفى السبيل للكافرين على المؤمنين واقعة فى مقام الإنشاء و حاكية عن عدم جعل السبيل على المحسن فى الشريعة، و إن كانت خالية عن لفظ الجعل، بخلاف آية نفى السبيل، الّا ان

---

(۱) سورة التوبة: ۹۲.

(۲) سورة النساء الآية: ۱۴۱.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۲۸۹

الظاهر اشتراك الآيتين و كون كليهما حاكيتين عن عدم جعل السبيل فى الشريعة، و كون مورد الآية فى المقام هو العذاب الأخروى كما تقدم لا يقتضى أن تكون الآية فى مقام الاخبار؛ فان نفى العذاب الأخروى عن المذكورين فى الآية الأولى و الآية الثانية مرجعه الى عدم ثبوت التكليف بالجهاد و الشركة فى الحرب بالنسبة إليهم، فمعنى نفى السبيل خروجهم عن دائرة التكليف بالجهاد، و لذا سأل ابن أمّ مكتوم من النبى (ص) انه هل كان لى رخصة فى التخلف عن الجهاد؟ فمعنى نفى السبيل ثبوت الرّخصة و الخروج عن دائرة التكليف، و لأجله تكون هذه الآية حاكمة على الأدلة الأولية الظاهرة فى ثبوت التكليف بالجهاد، و التكاليف الأخرى و الأحكام الوضعية كالضمان و نحوه، و دالة على عدم كون مفاد الأدلة الأولية شاملًا للمحسن، و إن كان بحسب الدلالة اللفظية عامّاً، فلا مجال للإشكال فى مفاد الآية من هذه الجهة.

و أمّا كلمة «المحسنين» فهى جمع محلّى باللام مفيدة للعموم، اى: جميع افراد المحسنين و مصاديقهم كما انّ «السبيل» نكرة واقعة فى سياق النّفى، و هى ايضاً تفيد العموم، و ليس السلب الذى تفيده الآية سلب العموم غير المنافى للإثبات الجزئى، بل عموم السلب الذى لا يجتمع مع الموجبة الجزئية، و مرجعه الى انتفاء كل فرد أو نوع من افراد السبيل أو أنواعه، عن كل فرد من افراد المحسن، فالاحسان و طبيعته لا يلائم السبيل و طبيعته بوجه، و هذا هو المتفاهم العرفى من مثل تعبير الآية، لا سلب العموم الذى لا يصلح للاستدلال به، و لو فى مورد بل عموم السلب، و هو صالح للاستدلال به فى جميع الموارد؛ لكونه بمنزلة كبرى كلية و قاعدة عامّة.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۲۹۰

ثمّ انه فرق بين هذه الآية و بين آية نفى السبيل من جهة ان مقتضى تلك الآية كما ذكرنا فى معناها عدم ثبوت السبيل للكافر على المؤمن من ناحية الشرع، و أمّا لو فتح المسلم سبيلًا له عليه، كما إذا أتلف ماله المحترم، فضمانه ثابت عليه، و لا ينافى الآية بوجه، و السرّ فيه ان نفى السبيل وقع بلسان نفى جعل اللّه إياه، و هو ظاهر فى ما، جانب الشرع ابتداءً و أمّا هذه الآية فلسانها نفى ثبوت السبيل مطلقاً، و هو ينافى الضمان فى المورد المزبور و مثله، فتدبّر.

ثمّ ان تعليق الحكم على الإحسان ظاهر فى ارتباط نفى السبيل بحيثية الإحسان، فمرجعه الى عدم ثبوت السبيل من ناحية الإحسان، و

فى مورده المرتبط به، و أمّا السبيل بلحاظ عنوان آخر موجب للضمان، فلا مانع منه، و إن كان مقروناً بالإحسان، فلو أتلف الودعى الوديعة اختياراً و عمداً، يكون ضامناً لها؛ لارتباط الضمان بما هو خارج عن الإحسان، و داخل فى عنوان آخر، فلا منافاة بين الأمرين.

الموقف الثالث- فى موارد تطبيق هذه القاعدة،

فنقول: تارة تلاحظ القاعدة بالنسبة إلى الإحسان بمعنى دفع الضرر و منعه عن الغير، و أخرى بالنسبة إلى الإحسان بمعنى جلب المنفعة و إيصالها الى الغير على تقدير كونه إحساناً.

امّا الأوّل فموارده كثيرة مثل ما إذا رأى اشتعال النّار فى لباس إنسان و توقف طريق حفظه عن الهلاك أو الاحتراق على تمزيق لباسه و قطعه، فانّ الممزق القاصد للحفظ لا شبهة فى كونه محسناً تنطبق عليه القاعدة، فيحكم بعدم ضمانه لذلك اللّباس، و لو خرج عن المالية بالمرّة.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۲۹۱

و مثل ما إذا رأى توجه السّيل المخرب و المعدم الى منزل شخص، و توقف حفظه على جعل بعض أثاث ذلك المنزل فى مقابله؛ ليتوجّه عنه الى غيره، فان هذا الوضع المقرون بقصد حفظ المنزل عن ورود السيل عليه و خرابه، يكون إحساناً تجرى فيه القاعدة، فلا يكون ضامناً للاثاث المذكور.

و مثل ما إذا ابتلى شخص بنوبة قلبيّة، و كان حفظه متوقفاً على تمزيق بعض ألبسته كذلك، و كذلك لو توقفت نجاة السفينة و من فيها و ما فيها على تخفيفها بإلقاء بعض الأموال فى البحر، و فرض كون الأموال لصاحب السفينة، فإن هذا الإلقاء إحسان ينطبق على فاعله قاعدة الإحسان.

و مثل ما يكون متداولًا فى هذه الأزمنة من توقفت نجاة الطفل الذى فى رحم الامّ على إجراء العملية الجراحيّة للأم و قد يترتب عليها موت الأمّ أحياناً، و الأمثلة لهذا القسم كثيرة.

و لكن الاشكال فيه من جهة ان عدم الضمان فى هذه الموارد، انّما هو لثبوت الاذن فيها، بل الإيجاب فى بعضها من ناحية الشارع، كما فى المثال الأوّل؛ فإن الشارع أوجب الحفظ، و تمزيق اللباس مقدمة منحصرة لتحقّق الحفظ، و مع الاذن أو الإيجاب لا معنى لثبوت الضمان، و لو لم يكن هناك قاعدة الإحسان، فعدم ثبوت الضمان لا يكون مستنداً إلى القاعدة، بل الى قصور دليل الضمان عن الشمول له.

الّا ان يقال: ان عدم الشمول انّما هو بلحاظ قاعدة ضمان اليد، إذ انّها قاصرة عن افادة الضمان فى اليد المأذونة من قبل المالك أو الشارع، و أمّا بلحاظ قاعدة الإتلاف فلا مانع من الشمول و الدلالة على الضمان، و إن

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۲۹۲

كانت اليد مأذونة، نعم إذا كان الإتلاف مأذوناً فيه فالظاهر عدم شمول قاعدة الإتلاف كما ذكرنا فى البحث عنها، لكن الظاهر انّ الإتلاف الخارج عن القاعدة هو الإتلاف المأذون فيه بعنوانه، كما إذا اذن المالك فى الإتلاف، و أمّا الموارد المتقدمة فليس عنوان الإتلاف مأذوناً فيه و لو من قبل الشارع؛ فان الشارع انّما أوجب حفظ النفس فى المثال الأوّل، و توقف الحفظ على تمزيق الألبسة يوجب عدم كونه متّصفاً بالحرمة مع الانحصار، لانه لا تجتمع حرمة المقدمة المنحصرة مع وجوب ذيها، و أمّا كون المقدمة مأذوناً فيها من قبل الشارع، فلا، الّا ان يقال: ان نفس عدم الحرمة كافٍ فى الخروج عن القاعدة، فتدبّر، و لكنه يندفع بان الشارع أوجب حفظ النفس، و مع ذلك حكم بالضمان فى ما إذا توقف حفظها على أكل طعام الغير بدون رضاه.

و أمّا الثانى فموارده أيضاً كثيرة، مثل الأفعال الصادرة من الأولياء، كالحاكم و الأب و الجدّ له، لغرض إيصال النفع الى المولى عليه، فاتفق ترتب الضرر عليه، فإنه حينئذ لا ضمان على الولىّ؛ لكونه محسناً، و قد فعل الفعل باعتقاد حصول مصلحة فيه و نفع عائد إلى

المولّى عليه، كما إذا اشتغل فى قناة له بالحفر و الإصلاح لغرض ازدياد الماء، فصار ذلك سبباً لانهدام القناة كلها أو بعضها، فإنه لا يكون فيه ضمان، و كما إذا اعطى الحاكم النقود التى عنده لإجراء العبادات كالصلاة للميت و الحج مطلقا للأجير الذى يكون ثقة عنده فاتفق انه لم يأت بتلك العبادة، و مات و لم يترك مالًا، فإنه لا ضمان على الحاكم؛ لكونه محسناً.

و كما إذا أجر الأب أو الجد له سفينة المولى عليه أو إبله أو جمله،

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۲۹۳

فغرقت السفينة و هلكت الإبل أو الجمل، فلا ضمان عليه، و كذا نظائره من الموارد الكثيرة.

و لهذا القسم موارد حكموا فيها بالضمان كالأمثلة المتقدمة فى معنى الإحسان التى من جملتها ما إذا أخذ دابة الغير فذهب بها الى المرعى لترعى فيه فتلفت، فإنه مع كونه محسناً لكنهم حكموا فيها بالضمان، و الفرق بينها و بين ما لم يحكموا فيه بالضمان هو ثبوت الاذن فى التصرف هناك و عدم ثبوته هنا، و لأجله يشكل الحكم بعدم الضمان فيها مستنداً إلى قاعدة الإحسان؛ لعدم الفرق فى جريان القاعدة بين الموردين؛ ضرورة انه ان كان الإحسان شاملًا لجلب النفع، فأىّ فرق بين الموردين؟ مع ان الظاهر انه لا خلاف بينهم فى عدم الضمان فى تلك الموارد، مع ان شمول الإحسان لجلب المنفعة محلّ خلاف، فالإنصاف ان عدم الضمان فى تلك الموارد لا يكون مستنداً إلى القاعدة، بل الى عدم شمول قاعدة ضمان اليد لها، موردها باليد غير المأذونة أو اليد العادية، كما انّك عرفت ان الحكم بعدم الضمان فى القسم الأوّل أيضاً انّما هو لقصور دليل الضمان عن الشمول لمثله، سواء كان هى قاعدة ضمان اليد أو قاعدة ضمان الإتلاف، فالباقى ان قاعدة الإحسان امّا تصير بلا مورد، أو يكون لها موارد قليلة على ما عرفت فى القسم الأول فتدبر.

قاعدة الإلزام

اشارة

و هى ايضاً من القواعد المشهورة، بل المجمع عليها، و المراد بها: إلزام المخالفين بما يعتقدونه و يدينون به، ممّا يكون مخالفاً لمذهب أهل البيت عليهم السلام كإلزامهم بأحكام الشفعة و الميراث و الطلاق و غيرها، مما ينفردون به عنا، و فيها جهات من الكلام:

الجهة الاولى- فى مدرك القاعدة و سندها،

و الظاهر بعد عدم كون الإجماع على تقديره متصفاً بالأصالة، لاحتمال الاستناد الى الروايات أو سائر الأدلة انحصار الدليل بالروايات الواردة عن العترة الطّاهرة صلوات الله عليهم أجمعين-:

كرواية على بن أبى حمزة «۱» انه سأل أبا الحسن عليه السلام عن المطلقة على غير السّنة أ يتزوّجها الرجل؟ فقال: ألزموهم من ذلك

(۱) الوسائل ۱۵: ۳۲۱ ب ۳۰ من أبواب مقدماته و شرائطه ح ۵.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۱۶۸

ما ألزموه أنفسهم، و تزوجوهن فلا بأس بذلك. و فى موضع من الاستبصار «۱» عن نسخة: ألزموهم ما الزموا به أنفسهم.

و مكاتبة إبراهيم بن محمّد الهمدانى «۲» قال: كتبت الى ابى جعفر الثانى عليه السلام مع بعض أصحابنا، فأتانى الجواب بخطّه: فهمت ما ذكرت من أمر ابنتك و زوجها أصلح اللّه لك من أمرك ما تحبّ صلاحه، فامّا ما ذكرت من حنثه بطلاقها غير مرّة، فانظر فان كان ممّن يتولانا و يقول بقولنا، فلا طلاق عليه؛ لانه لم يأت أمراً جهله، و إن كان ممن لا يتولانا و لا يقول بقولنا، فاختلعها منه؛ فإنه إنما نوى الفراق بعينه.

و روايـة عبـد اللّه بن سـنان «۳» قـال سـألته عن رجـل طلق امرأته لغير عـدّة، ثمّ أمسـك عنهـا حتى انقضت عـدّتها، هـل يصـلح لى ان أتزوجها؟ قال: نعم لا تترك المرأة بغير زوج.

و روايـة عبـد الأعلى عن ابى عبد اللّه عليه السـلام «۴» قـال: سـألته عن الرّجـل يطلق امرأته ثلاثاً، قال: ان كان مسـتخفّاً بالطلاق ألزمته ذلك.

و روايـة جعفر بن محمّد بن عبد اللّه العلوى عن أبيه «۵» قال: سألت أبا الحسن الرّضا عليه السـلام عن تزويج المطلقات ثلاثاً، فقال لى: انّ طلاقكم (الثلاث) لا يحل لغيركم، و طلاقهم يحلّ لكم؛ لأنكم لا ترون

---

(۱) الاستبصار ۳: ۲۹۲ ح.

(۲) الوسائل ۱۵: ۳۲۰ ب ۳۰ من أبواب مقدمات الطلاق ح ۱.

(۳) الوسائل ۱۵: ۳۲۰ ب ۳۰ من أبواب مقدمات الطلاق ح ۴.

(۴) الوسائل ۱۵: ۳۲۱ ب ۳۰ من أبواب مقدمات الطلاق ح ۷.

(۵) الوسائل ۱۵: ۳۲۱ ب ۳۰ من أبواب مقدمات الطلاق ح ۹.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۱۶۹

الثلاث شيئاً، و هم يوجبونها.

و رواية عبد اللّه بن طاوس «۱» قال: قلت لأبى الحسن الرّضا عليه السلام-: انّ لى ابن أخ زوّجته ابنتى و هو يشرب الشراب و يكثر ذكر الطلاق، فقال: ان كان من إخوانك فلا شيء عليه، و إن كان من هؤلاء، فأبنها منه؛ فإنه عنى الفراق، قال: قلت: أ ليس قد روى عن ابى عبـد اللّه (ع) انه قـال: إيّاكم و المطلقـات ثلاثـاً فى مجلس؛ فإنهنّ ذوات الأزواج؟ فقال: ذلك من إخوانكم لا من هؤلاء، انه من دان بدين قوم لزمته أحكامهم.

و رواية عبد الرحمن البصرى «۲» عن ابى عبـد اللّه عليه السـلام قال: قلت له: امرأة طلقت على غير السّـنة، فقال: يتزوج هـذه المرأة، لا تترك بغير زوج.

و رواية الهيثم بن ابى مسـروق عن بعض أصـحابه قال «۳»: ذكر عنـد الرّضا عليه السـلام بعض العلويّين ممّن كان ينتقصه، فقال: اما انه مقيم على حرام، قلت: جعلت فـداك و كيف و هى امرأته؟ قـال؛ لانـه قـد طلّقها، قلت: كيف طلّقها؟ قال: طلّقها و ذلك دينه فحرمت عليه «۴».

و رواية محمد بن مسلم عن ابى جعفر عليه السلام قال «۵»: سألته

---

(۱) الوسائل ۱۵: ۳۲۲ ب ۳۰ من أبواب مقدمات الطلاق ح ۱۱.

(۲) الوسائل ۱۵: ۳۲۰ ب ۳۰ من أبواب مقدمات الطلاق ح ۳.

(۳) الوسائل ۱۵: ۳۲۰ ب ۳۰ من أبواب مقدمات الطلاق ح ۲.

(۴) الوسائل أبواب مقدمات الطلاق، الباب الثلاثون، حديث ۲.

(۵) التهذيب ۹: ۳۲۲ ح ۹. الوسائل ۱۷: ۴۸۴ ب ۴ من أبواب ميراث الأخوة ح ۳.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۱۷۰

عن الاحكام، قال: يجوز على أهل كل ذى دين ما يستحلّون «۱».

و روايـة عبد اللّه بن محرز «۲» قـال: قلت لأبى عبـد اللّه عليه السـلام-: رجل ترك ابنته و أخته لأبيه و أمّه فقال (ع): المال كلّه لابنته و

ليس للأخت من الأب و الأمّ شي‌ء، فقلت: انّا قد احتجنا الى ذلک و الرجل الميت من هؤلاء الناس، و أخته مؤمنة عارفة، قال: فخذ لها النصف (خذوا منهم ما يأخذون منكم فى سنتهم و أحكامهم، قال ابن أذينة: فذكرت ذلک لزرارة، فقال: ان على ما جاء به ابن محرز لنوراً).

و رواية محمد بن إسماعيل بن بزيع «۳» قال: سألت الرّضا عليه السلام عن ميّت ترک امّه و اخوه و أخوات، فقسّم هؤلاء ميراثه، فأعطوا الأمّ السدس، و أعطوا الاخوة و الأخوات ما بقى، فمات الأخوات، فأصابنى من ميراثه، فأحببت أن أسألک: هل يجوز لى أخذ ما أصابنى من ميراثها على هذه القسمة أم لا؟ فقال: بلى، فقلت: ان أمّ الميت فيما بلغنى قد دخلت فى هذا الأمر، أعنى: الدين، فسكت قليلًا، ثمّ قال: خذه.

و غير ذلک من الروايات الواردة فى هذا المجال، و لا يبقى للفقيه بملاحظة ما ورد فى المسألة منها ريب، و لا شک فى صدور هذه القاعدة منهم عليهم السلام فالإشكال من جهة المدرک و المستند لا سبيل إليه أصلًا.

---

(۱) التهذيب الطبعة الحديثة، جزء ۹، صفحة ۳۲۲.

(۲) التهذيب ۹: ۳۲۲ ح ۹.

(۳) الوسائل ۱۷: ۴۸۵ ب ۴ من أبواب ميراث الأخوة ح ۶. التهذيب ۹: ۳۲۳ ح ۱۷.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۱۷۱

الجهة الثانية- فى شرح مفاد القاعدة،

فنقول: امّا ما ورد فيه من الروايات التعبير بقوله (ع) ألزموهم من ذلک ما ألزموه أنفسهم، فمعناه بحسب الظاهر: ان كل ما يرى المخالفون أنفسهم ملزمين به من جهة أحكامهم الدينية، و يعتقدون بثبوت ذلک عليهم، فالزموهم بذلک، و إن لم يكن ذلک ثابتاً فى الأحكام الدينية بحسب اعتقادكم، مثل ما ورد فى كثير من الروايات المتقدمة من الطلاق ثلاثاً فى مجلس واحد؛ فإنهم حيث يرون ذلک موجباً لتحقق الفراق بين الزوجين، فيعامل معهم بمقتضى ذلک، و عليه فلا مانع للشيعى الذى يرى خلاف ذلک، و إن الطلاق ثلاثاً فى مجلس واحد باطل و لا يوجب تحقق الفراق، ان يتزوج بالمطلقة كذلک؛ لأنهم التزموا بحصول البينونة و تحقق الفراق، فيلزمون بذلک و يتزوج بالمرأة الكذائية، و عليه ففى كل مورد يلتزم المخالف بمقتضى مذهبه بورود ضرر عليه، سواء كان ذلک الضرر ماليًا، كما إذا اعتقد بكون أمر سبباً للضمان و لم يكن كذلک عندنا، أو ذهاب حق منه، أو وقوع طلاق، أو عتق عبد، أو شركة غيره فى ميراثه، أو مثل ذلک من الأمور التى يرون أنفسهم ملزمين بها و مجبورين عليها، فللموافق إلزامه فيها و إن كان ذلک مخالفاً لاعتقاده، و عليه فمقتضى عموم الموصول فى قوله (ع): ألزموهم ما ألزموه أنفسهم، جريان هذا الحكم فى جميع موارد الإلزام و كثيرة منها الحلف بالطلاق و العتاق و صدقة ما يملک، فإنهم يرونه سبباً لوقوع هذه الأمور من الطلاق و أخويه، مع انه لا يكون الأمر كذلک عندنا معاشر الإمامية، فإذا تحقق الحلف بذلک، فلا مانع من التزويج بالمطلقة الكذائية، و التعامل مع العبد معاملة الحرّ و هكذا.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۱۷۲

و أمّا ما ورد فيه التعبير بقوله (ع) يجوز على أهل كل ذى دين ما يستحلّون، فالظاهر بعد كون المراد بالجواز هو النفوذ و المضىّ، و كون كلمة «على» ظاهرة فى الضّرر، ان أصحاب كل دين، اى: المتدينين به الملتزمين بأحكامه، ينفذ عليهم و بضررهم ما يستحلون، مثلًا إذا كانوا يستحلون أكل العصبة نصف المال من تركة الميت، فينفذ هذا الحكم عليهم، فاذا كانت العصبة من أهل الولاية، يجوز لهم ان يأخذوا منهم نصف تركة الميت، كما قد وقع التصريح به فى رواية ابن محرز المتقدّمة، و قد ورد فيها تعليل الحكم بقوله (ع):

خذوا منهم ما يأخذون منكم، و ظاهره انّه يتعامل معهم المعاملة بالمثل، فاذا كان الميت عارفاً و الورثة غير عارفين، يأخذون للعصبة نصيبه و يحكمون بثبوت الإرث له، ففى عكس هذه الصورة يؤخذ للعصبة العارف نصيبه و يحكم بثبوت الإرث له، و إن لم يكن ذلك موافقاً لمعتقده، و فى بعض اخبار الطلاق تعليل الحكم بأنه لا تترك المرأة بلا زوج، و فيه إشارة إلى انه لو لا هذه القاعدة يلزم ان تترك المرأة بلا زوج، لفرض بطلان الطلاق عندنا.

ثمّ ان الظاهر ان المخاطب فى قوله (ع): ألزموهم، و كذا فى قوله (ع): خذوا، فى الروايات المتقدمة، هم الطائفة المحقة الاثنى عشرية القائلون بإمامة الأئمة المعصومين (ع) بأجمعهم، كما ان الظاهر ان مرجع ضمير الجمع فى قوله (ع): ما ألزموه أنفسهم، و كذا فى قوله (ع): ما يأخذون، هم المسلمون من سائر الطوائف غير الإماميّة الاثنى عشريّة، و لا يشمل أرباب سائر الأديان و الملل.

و عليه فلو فرض اختلاف سائر الطوائف غير الإسلاميّة فى حكم

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۱۷۳

إلزامى، فهذا خارج عن دائرة القاعدة، كما انه لو طلق ذمّى زوجته بطلاق صحيح عنده، و لكنه لا يكون صحيحاً عندنا، فلا تشمله القاعدة.

نعم يمكن التمسك للشمول بما ورد فى رواية محمد بن مسلم المتقدّمة من قوله (ع): يجوز على أهل كل دين ما يستحلّون، أو بالتعليل المشار اليه آنفاً و هو قوله (ع): لا تترك المرأة بلا زوج؛ لجريان هذه العلة فى الكافر المطلق أيضاً، أو بما ورد فى رواية ابن طاوس المتقدمة من قوله (ع): من دان بدين قوم لزمته أحكامهم.

الّا ان يقال: ان المراد بالدين فى رواية محمد بن مسلم ليس هو المذهب، بل المراد به أصل الدين كالإسلام، و عليه فالرّواية لا تكون من روايات قاعدة الإلزام المعروفة، و لكن يبعده استعمال الدين فى رواية ابن طاوس مع كون موردها المخالف لا غير المسلم و عليه فهاتان الروايتان مفادهما العموم، و أمّا التعليل فيمكن المناقشة فيه، بعد ملاحظة ان انتفاء القاعدة و الحكم بعدم جواز التزويج بالمطلقة الكذائية فى مذهبنا، لا يستلزم ان تترك المرأة بلا زوج لجواز ان تتزوج بالمخالف، خصوصاً مع كثرتهم و قلة الطائفة المحقّة، فإنّها حينئذ تتزوج من القائل بصحة هذا الطلاق، و عليه فلا تكون هذه الجملة بمنزلة التعليل، بل تكون حكمة للحكم، و الحكمة لا يدور مدارها الحكم إثباتاً و نفياً.

و لكن عرفت عموم الرّوايتين و شمولهما بالنسبة الى غير المسلم، و كذا المخالف بالنسبة إلى المالك، و عليه فلا مانع من أخذ الثمن من الكافر و لو كان الميت غير قابل للبيع فى الإسلام؛ لالتزامهم بالملكية و صحة المعاملة و انتقال الثمن إلى البائع، فيتحقق حينئذ طريق إلى صحة المعاملات الواقعة بين

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۱۷۴

الحكومة الإسلامية و الكافرة فى الأشياء التى لا سبيل الى التعامل بها فى الشريعة، و تكون باطلة فيها، كما لا يخفى.

الجهة الثالثة- لا شبهة فى ان مفاد قاعدة الإلزام، التى مدركها الروايات المتقدمة، هو جواز الأخذ ممّن دان بدين بمقتضى ما التزم به فى دينه،

فيجوز مثلًا التزويج بالمطلقة ثلاثا، و إن كان هذا الطلاق باطلًا عندنا، لكن البحث فى ان ما تدل عليه هذه الروايات هل هو الحكم الواقعى، غاية الأمر كونه ثانويّاً أو ان مفادها الإباحة الصّيرفة، و الفرق انه على الأوّل يكون فى مثال الطلاق اعتقاد الزوج المخالف بصحة طلاقه و كونه موجباً لتحقق الفراق، موجباً لجعل الصّحة واقعاً، و يكون هذا العنوان عنواناً ثانويّاً موجباً لانقلاب الحكم الواقعى فى حقه، نظير الانقلاب فى موارد الاضطرار، فإنه لو اضطرّ المكلف الى شرب الخمر يكون الاضطرار موجباً لحليته واقعاً، و أمّا على الثانى فالواقع لا يتبدل بسبب اعتقاد المخالف بالصّحة، بل الطلاق فاسد بالنسبة إليه أيضاً، و تكون المطلقة باقية على الزّوجية بعد، غاية

الأمر ان الشارع أباح لنا التزويج بتلك المرأة التى طلقت كذلك.

أقول: ينبغى أوّلًا ملاحظة ان المراد بالإباحة هل هى الإباحة الظاهرية كما هو ظاهر مقابلتها للحكم الواقعى، أو ان المراد بها الإباحة الواقعية؟ الظاهر انه لا محيص عن الحكم بكون هذه الإباحة على تقديرها إباحة واقعية؛ ضرورة ان التزويج بتلك المرأة التى وقع عليها ذلك الطلاق حلال واقعاً لا ظاهراً كما فى قوله «۱» (ع): كل شيء لك حلال حتى تعرف

(۱) المحاسن: ۴۵۹.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۱۷۵

انه حرام بعينه فتدعه.

و ثانياً: ان الإباحة ممّا لا أساس له؛ لان مرجعها إلى إباحة تزويج المزوجة؛ لأن المفروض بطلان طلاقها و كونها فى حبالة الزوج المطلّق بعد، و هذا لا مجال لإسناده الى متشرّع عادىّ فضلًا عن الامام المعصوم (عليه السلام)، فالإباحة ممّا لا معنى له و إن كان ظاهر العبارة المحكية عن المرحوم الشيخ حسن آل كاشف الغطاء فى كتابه (أنوار الفقاهة) ذلك إذ قال: «فظهر مما ذكرنا ان طلاق المخالفين يمضى عليهم و إن كان فاسداً عندنا، و هذا الحكم عام لكلّ صور الطلاق على غير السّنة، سواء تعلّق بمؤمنة أو بمخالفة؛ فإنه يحكم بوقوعه على وفق مذهبه بالنسبة إلينا، و إن كان فاسداً فى الواقع، و كذا بالنسبة إليهم، و لا منافاة بين البطلان و بين اجراء حكم الصحة بالنسبة إلينا لطفاً منه، فهى و إن كانت زوجة لهم و لكنها حلال لنا و حرام عليهم، أو يقال: هو صحيح من وجه و فاسد من وجه آخر» و قد نسب ذلك الى صاحب الجواهر أيضاً إذ قال بعد نقل جملة من الروايات الواردة فى المقام: «و غير ذلك من النصوص الدالة على التوسعة لنا فى أمرهم و أمر غيرهم من أهل الأديان»؛ نظراً الى ان التعبير بالتوسعة ظاهر فى الإباحة، مع انه ممنوع؛ لان هذا التعبير ناظر إلى علة التشريع، و الغرض انّ هذا الحكم منّة من الشارع و توسعة من قبله، و كيف كان فالإباحة الراجعة إلى بقاء المطلقة بعد التزويج بها على الزوجية السّابقة لفرض كون طلاقها باطلًا غاية الأمر كونها مباحة مع كونها ذات بعل شرعاً لا ينبغى توهّمه بوجه، و اللازم توجيه العبارة المتقدمة بما سيأتى و إن كان ظاهرها ما تقدّم.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۱۷۶

و بعد وضوح فساد الإباحة الكذائية، و وضوح عدم كون المرأة فى حال التزويج بالموافق الشيعى باقية على الزوجية السّابقة، و أن الفراق قد تحقق لا محالة، يقع الكلام فى ان فراقها من زوجها هل تحقق عقيب طلاقها، أو ان فراقها من زوجها تحقّق بالتزويج بها من الموافق، بحيث كان العقد الثانى مشتملًا على جهتين سلبية و إيجابية، السلبية بلحاظ حصول الفراق بالنسبة إلى الزوج الأوّل المخالف، و الإيجابية بلحاظ حصول الزوجية بالنسبة إلى الزوج الثانى الموافق.

ربما يقال: إنّ ما تفيده الروايات هو الحكم الواقعى الثانوى الذى مرجعه إلى صحة الطلاق و حصول الفراق عقيبه؛ ففى مكاتبة الهمدانى نرى الامام الجواد «۱» أبا جعفر الثانى يقول: و إن كان ممن لا يتولانا و لا يقول بقولنا فاختلعها منه، فإنّه إنما نوى الفراق، و فى رواية «۲» عبد اللّه بن طاوس يقول الامام الرضا (ع) مثل ذلك، و فى رواية «۳» ابن الهيثم قال (ع): اما انه مقيم على حرام، و هكذا الحال فى رواية عبد الرحمن البصرى «۴» يقول الإمام أبو عبد اللّه (ع): هذه المرأة لا تترك بغير زوج، فان التعبير بالاختلاع لم يرد لفظ الأمانة لا يناسب بقاء تلك المرأة على زوجيّتها و إن الطّلاق غير واقع، و كل ما فى البين هو إباحة التزوج بها، و هكذا قوله «۵» (ع): فإنه إنما نوى، الفراق الظاهر فى ان حصول الفراق مستند الى نيّته و قصده، و كذا قوله: لا تترك بغير زوج؛ فان مفاده ان عدم جواز التزوج بها مستلزم لان تترك بلا زوج، و هذا لا يلائم البقاء على

(۱) راجع الوسائل ۱۵: ب ۳۰ من أبواب مقدمات الطلاق.

(٢) راجع الوسائل ١۵: ب ٣٠ من أبواب مقدمات الطلاق.

(٣) راجع الوسائل ١۵: ب ٣٠ من أبواب مقدمات الطلاق.

(۴) راجع الوسائل ١۵: ب ٣٠ من أبواب مقدمات الطلاق. راجع الوسائل ١۵: ب ٣٠ من أبواب مقدمات الطلاق.

(۵) راجع الوسائل ١۵: ب ٣٠ من أبواب مقدمات الطلاق.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ١٧٧

الزوجيـة الأولى بوجه، و أصـرح من الجميع قوله «١» (ع): اما انه مقيم على حرام؛ فإنّه مع فرض عـدم حصول البينونـة و الفراق بمجرد الطلاق، كيف يكون مقيماً على حرام؟ و حمل الحرمـة على حرمـة التجرى الصادر منه باعتقاد كونها مطلقـة، فى غاية البعد، و يؤيد ما ذكر دعوى ابن إدريس «٢» الإجماع عليه حيث قال: «قد روى أصـحابنا روايات متظاهرة بينهم متناصـرة و اجمعوا عليها قولًا و عملًا انّه ان كان المطلق مخالفاً و كان ممن يعتقد لزوم الثلاث لزمه ذلك، و وقعت الفرقة، و إنما لا تقع إذا كان الرجل معتقداً للحق».

كمـا انه ربمـا يقـال بالثانى، كما ذكره المحقق البجنوردى «٣» (قـده) إذ قـال: «ان أمرهم (عليهم السـلام) بتزويجهم أو أخـذ المال فى مورد التعصيب أو المعاملات الفاسدة و الضمانات غير الصحيحة مع ان لهم الولاية العامّة، يدل على انهم (ع) جعلوا نفس العقد عليهن طلاقـاً لهن و تزويجاً للزوج الثـانى، قال: و بناء على ما ذكرنا يكون العقـد واقعاً على امرأة خليـة؛ لأن زمان حصول زوجيتها للثانى، مع زمان عدم زوجيّتها للأول واحد؛ لأنهما معلولان لعلة واحدة و هو العقد الواقع عليها».

و التعبير بـان لهم الولايـة العامـة يفيـد كون ذلـك من بـاب الولايـة، مع ان ظـاهر الروايات المتقدمـة خلافه، و إن ذلك من قبيل سائر الأحكـام المبيّنـة فى كلامهم (ع)، كمـا ان ظاهرهـا هو القول الأوّل الـذى مرجعه الى حصول الفراق بمجرد الطلاق، و التعبير بالإلزام يناسب هذا المعنى؛ فان

(١) راجع الوسائل ١۵: ب ٣٠ من أبواب مقدمات الطلاق.

(٢) السرائر ٢: ۶٨۵.

(٣) القواعد الفقهية ٣: ١۶٧.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ١٧٨

ما ألزموا به أنفسـهم حصول البينونـة بمجرد الطلاق، لا بعـد تحقق العقـد عليها ثانياً، و اللازم إلزامهم بهـذا الأمر، كما انّ لازم إلزامهم بـذلك أمور آخر، مثل عـدم جواز الاسـتمتاع بها، و عـدم جواز إجبارها على مراعاة أحكام الزوجيـة، و غير ذلك، و بالجملة ملاحظة الروايات تقتضـى الحكم بوقوع الطلاق و صـحّته بمجرده و حصول البينونـة، و لا مانع منه بعـد كون دائرته محدودة بحدود المخالف، ففى الحقيقـة تكون هذه الروايات حاكمة على الأدلة الأولية الحاكمة ببطلان طلاق الثلاث فى مجلس واحد و مفيدة لاختصاص تلك الأدلّة بالطلاق الصادر من الموافق.

و أما ما يقال فى مقام إبطال الحكومـة المزبورة، من أنها مخالفـة للضـرورة فى مذهب الشـيعة؛ إذ ان الفقهاء كلهم متفقون على بطلان هـذا الطلاـق، و لم يقل أحـد منهم بصـحّته و لو بالعنوان الثانوى أى بعنوان انه الطلاق الصادر عن المخالفين، و أيضاً مخالف للاخبار الصـريحة فى انه إيّاكم و تزويج المطلقات. ثلاثاً فى مجلس واحد؛ فإنهنّ ذوات أزواج، و لاسـتنكارهـم (ع) صـحة مثل هذا الطلاق، و استدلالهم على بطلانه بالكتاب العزيز.

فيمكن الجواب عنه بان اتفاق الفقهاء على البطلان انّما هو بلحاظ الحكم الاولى، كاتفاقهم على حرمة شرب الخمر مع صيرورته حلالًا فى حال الاضطرار، و الاخبار ناظرة إلى المنع عن تزويجهن فى نفسه؛ لان الحكم الواقعى الاولى هو البطلان، و الصحة انّما تكون ثابتة بالعنوان الثانوى فالنظر الى ما ورد فى رواية «١» محمّد بن عبد اللّه العلوى المتقدمة

(۱) الوسائل ۱۵: ب ۳۰ من أبواب مقدمات الطلاق.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۱۷۹

قال: سألت أبا الحسن الرضا (ع) عن تزويج المطلقات ثلاثاً، فقال: ان طلاقكم الثلاث يحلّ لغيركم، و طلاقهم يحلّ لغيرهم، فإنها ظاهرة فى التفصيل فى طلاق الثلاث بين الصادر من الموافق و بين الصادر من المخالف بأن، الأوّل لا يكون محلّلا بخلاف الثانى، و أصرح منه روايتا عبد اللّه بن طاوس و مكاتبة إبراهيم بن محمد الهمدانى المتقدمتان الدالتان على التفصيل كذلك.

نعم روى فى (دعائم الإسلام) «۱» عن جعفر بن محمد (عليهما السلام) ان رجلا من أصحابه سأله عن رجل من العامّة طلق امرأته لغير عدّة، و ذكر انه رغب فى تزويجها قال (ع): انظر إذا رأيته فقل له: طلقت فلانة؟ إذا علمت أنّها طاهرة فى طهر لم يمسّها فيه، فاذا قال: نعم، فقد صارت تطليقة، فدعها حتى تنقضى عدّتها من ذلك الوقت، ثمّ تزوجها ان شئت؛ فقد بانت منه بتطليقة بائنة، و لكن معك رجلان حين تسأله؛ ليكون الطلاق بشاهدين عدلين.

و الظاهر ان المراد من الطلاق لغير عدة هو طلاق الثلاث، باعتبار عدم جواز الرجوع فى عدّتها، هذا و لكن الالتزام بالرواية يهدم أساس قاعدة الإلزام، و ينافى الروايات المتقدمة الظاهرة فى جواز التزوج بها من دون افتقار الى ما فى الرواية من السؤال عن الزوج و جوابه الخاص و غيرهما، فالإنصاف أنّ التأمل فى المقام يقضى بوقوع الطلاق المذكور صحيحاً، بالنسبة إلى المخالف، هذا مضافاً الى غرابة حصول الزوجية و البينونة بسبب العقد فى زمان واحد، خصوصاً مع ظهور أدلة شرطية خلوّ

(۱) المستدرك ۱۵: ۳۰۴ ب ۲۳ من أبواب مقدمات الطلاق ح ۱.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۱۸۰

المرأة عن الزوج فى صحة العقد عليها فى كونها خالية عنه حين العقد بحيث يكون العقد واقعاً على المرأة الخالية.

و دعوى كون المقام من قبيل وطى ذى الخيار للأمة التى باعها و كان الخيار للبائع فيتحقق الفسخ بنفس الوطى، فيكون الوطى علة لحصول الملكية، أى رجوع ملكية الأمة إلى البائع، العلة و المعلول متحدان زماناً، و التقدم و التأخر بينهما رتبى فقط، فيكون الوطء و الملكية فى زمان واحد.

مدفوعة بأنه بعد قيام الدليل على كون الوطى فسخاً؛ لعدم كونه بنفسه كذلك، لا بد من توجيهه بحصول الفسخ آناً ما قبل الوطى، و لازمه تحقق الملكية قبله، و وقوع الوطى فى ملك، و لا يكفى فى جوازه مجرد الاتّحاد الزمانى، و إلا يلزم جواز وطى الأمة فى حال وقوع عقد البيع عليها، لاتحاد العلة و المعلول زماناً، مع انه لا مجال للالتزام به فتدبّر.

ثمّ انه يتفرع على القولين و تظهر ثمرتهما فيما لو استبصر المخالف بعد ان طلق زوجته بالطلاق الفاقد لشرائط صحة الطلاق عندنا، و لم يعقد عليها غيره ممّن يجوز له العقد عليها، فعلى قول من يقول بحصول الفراق بالعقد الثانى، للزوج المطلق ان يرجع الى زوجته المطلقة بدون الاحتياج الى عقد جديد؛ لأنّها زوجته، و لم يتحقق البينونة على ما هو المفروض، و على قولنا الذى مرجعه الى حصول الطلاق و تحقق الفراغ بمجرد طلاقه، لا يجوز له ان يرجع إليها بدون عقد جديد، بل لا بد من التزوج بها بعقد جديد، كما إذا أراد موافق التزوج بها.

نعم يمكن ان يقال: انه بناء على هذا القول ايضاً يجوز له الرجوع إليها بعقد جديد نظراً الى ان تنزيل هذا الطلاق الفاسد منزلة الطلاق

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۱۸۱

الصحيح فيما إذا كان المطلّق مخالفاً، ما دام انه معتقد بصحّته، فاذا زال هذا العنوان عنه بواسطة استبصاره، يزول بزواله حكمه أيضاً؛ لأن ظاهر أخذ كل عنوان فى موضوع حكم ان لذلك العنوان دخلا فى ثبوت الحكم حدوثاً و بقاء لا حدوثاً فقط.

و لكن الظاهر خلافه؛ لان المستفاد من الروايات سيّما بعضها ان الطلاق الصادر ممن لا يتولانا أو ممن كان مستخفّاً بالطلاق طلاق صحيح، و يلزم عليه بذلك، و قد وقع فى بعضها التعليل بأنه انّما عنى أو نوى الفراق، و من الواضح ظهور التعليل فى ان نيّة الفراق مع اعتقاد الصحة تكفى فى اتّصافه بالصّحة، و عليه فيكون مجرد صدوره كذلك كافياً فى إلزامه به، فلا يكون استبصاره بعد ذلك مؤثراً فى دفع ذلك الحكم عنه.

مع انّ هذا النوع من الاحكام كالطلاق و البينونة و العتق لا يقبل التقييد بما دام القيد الفلانى موجوداً، بل يكون صدوره موجباً لدوامه، فكما لا يصحّ التعبير فى مقام العتق بقوله: أنت حرّ ما دمت عادلًا مثلًا، فكذلك لا يصح تقييد صحة الطلاق بما دام باقياً على المخالفة و عدم الاستبصار.

مع انّ لازمه التقييد بما إذا لم يترتب على طلاقه اثر، امّا لو ترتب عليه اثر كما لو تزوجها موافق بعد انقضاء عدتها، فاستبصر الزوج المطلق بعد التزويج بالثانى، فلا مجال لرجوعها اليه، و من البعيد تحميل هذا التقييد على الروايات بناءً على ما ذكر، و دعوى انه لا يبقى مورد للرجوع؛ لان العقد بمنزلة الطلاق و يوجب خروجها عن حبالة الزوج مدفوعة بأن الخروج عن ذلك مقيّد على ما هو المفروض بما دام كونه مخالفاً، فاذا استبصر

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۱۸۲

تكون باقية على الزوجية الأولى.

نعم ربما يستدل على جواز الرجوع إليها من غير عقد جديد بمكاتبة «۱» على بن سويد عن ابى الحسن (عليه السلام) فى حديث انه كتب إليه يسأله عن مسائل كثيرة فأجابه بجواب هذه نسخته: (بسم اللّه الرحمن الرحيم الى ان قال: و سألت عن أمّهات أولادهم و عن نكاحهم و عن طلاقهم، فأمّا أمّهات أولادهم فهنّ عواهر الى يوم القيامة نكاح بغير ولىّ و طلاق فى غير عدّة، فامّا من دخل فى دعوتنا فقد هدم إيمانه ضلاله و يقينه شكه)؛ نظراً الى ظهور الهدم فى هدم جميع الآثار السابقة حتى حرمة الزوجة على زوجها لو طلقها بما يوافق مذهبهم.

و لكن الظاهر انه لا مجال لاستفادة الإطلاق من مثل الرواية حتى يجوز للزوج المطلق المفروض الرجوع من غير عقد جديد.

و ربما يقال: إنه يؤيّد عدم الإطلاق فرض ما لو تزوج بمن هى حلال عندهم حرام عندنا، من زنى بذات البعل ثمّ تزوج بها و دخل؛ فإنهم لا يقولون بحرمتها على الزانى، و عليه فلو تزوجها و تشيع بعد ذلك، فالظاهر حرمتها عليه، و إن قلنا بصحة نكاحه ما دام سنّياً.

أقول: ان كان المستند فى هذا الحكم اى: الحكم بالتحريم، هو هدم الايمان الضلال و اليقين الشك كما ورد فى المكاتبة، لا رواية خاصة دالّة على التحريم، فمضافاً الى ان مقتضى ذلك كون التشيع موجباً لرفع الآثار السّابقة (التى منها عدم حرمة الزوجة الكذائية؛ لأن المفروض حدوث الحرمة بالتشيّع بعد أن لم تكن) لا مؤيّداً لانّ التشيع يكون موجباً لرفع الآثار

---

(۱) الوسائل ۱۵: ۳۱۲ ب ۲۹ من أبواب مقدمات الطلاق ح ۶.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۱۸۳

السّابقة، يرد عليه: انه لا فرق بين هذا الحكم و بين الحكم بجواز الرجوع بزوجته بعد التشيع، لعدم الفرق بين الموردين.

هذا و لكن أصل التعبير بهدم إيمانه ضلاله و يقينه شكه مما لا يلائم قاعدة الإلزام بوجه؛ لابتنائها على ان اعتقاد المخالف و تدينه بدينه يلزمه بما ألزمه، فالرواية أجنبية عن المقام.

و قد ظهر مما ذكرنا انه بناء على القول بحصول الفراق بمجرد الطلاق، لو استبصر الزوج و اراد الرجوع إليها لا يجوز له ذلك الّا بعقد جديد.

الجهة الرابعة- فى موارد تطبيق القاعدة،

و هی موارد كثيرة لا يسهل احصاؤها، و لكن المناسب الإشارة إلی جملة منها:

منها: مسألة الطلاق علی غير السنّة التی تقدم البحث عنها فی الجهة الرابعة.

و منها: مسألة التعصيب و هو توريث العصبة ما فضل من السّهام، و المراد من العصبة هم أقرباء الميت الذين يتعصبون له، و هم الأب و الابن و من يتقرب بهما الی الميّت، فلو كانت للميت بنت واحدة و أخ أو عم، فبناءً علی مذهب الإمامية القائلين ببطلان التعصيب، يكون جميع التركة للبنت، غاية الأمر ثبوت نصفها فرضاً و ثبوت النصف الأخر ردّاً، و الأخ و كذا العمّ لا يرثان مع وجود البنت أصلًا، و كذلك لو كانت للميت بنتان مثلًا و أخ أو عمّ، فعلی قول الإمامية يكون جميع التركة للبنتين، الثلثان فرضاً و الثلث الباقی ردّاً، و لا يرث الأخ و لا العمّ، بل فی فيها أی العصبة التراب، كما ورد فی الرواية.

و أمّا علی القول بالتعصيب فيعطی النصف الزائد علی فرض البنت

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۱۸۴

للأخ أو العمّ فی المثال الأوّل، و الثلث الزائد علی فرض البنتين للأخ أو العمّ فی المثال الثانی، و هكذا فی سائر موارد الإرث التی فيها التعصيب.

و حينئذ فان كان من هو من العصبة إماميّاً غير قائل بالتعصيب، فمقتضی قاعدة الإلزام انه يجوز له الأخذ بعنوان العصبة، و يصير ملكاً له شرعاً، و قد ورد فی رواية «۱» عبد اللّه بن محرز و رواية «۲» محمد بن إسماعيل بن بزيع المتقدمتين التصريح بذلك، بل فی الرواية الأولی: خذوا منهم ما يأخذون منكم، و هو بمنزلة التعليل، و كيف كان فلا شبهة فی هذه المسألة بوجه.

و منها: انه لو تزوج الشيعی بامرأة من المخالفين بدون حضور شاهدين عادلين للعقد، فلو مات هذا الشيعی بعد الدخول بها، يجوز لورثة الميت ان كانوا من الشيعة منعها من الإرث و المهر و كل ما تستحقه بسبب الزوجية؛ لأنّها كانت معتقدة بطلان هذا العقد؛ لاشتراط صحته عندهم بحضور شاهدين، بخلاف الطلاق، عكس ما يعتقد به الإمامية فی النكاح و الطلاق، فمقتضی قاعدة الإلزام منعها من جميع ذلك لبطلان العقد باعتقادها، كما لا يخفی.

و يمكن ان يقال: إنّ القدر المتيقن من قاعدة الإلزام المستفادة من النصوص المتقدمة، هو ما لو كان المخالف عاملًا علی وفق دينه و مذهبه، بحيث كان عمله صحيحاً حسب اعتقاده، و أمّا لو كان عمله مخالفاً لما يعتقده و يدين به، كما فی التزويج فی المثال، و كما فی الجمع بين العمة و الخالة و بنت

---

(۱) التّهذيب ۹: ۳۲۳ ح ۱۱۵۳.

(۲) الوسائل ۱۷: ۴۸۵ ب ۴ من أبواب ميراث الأخوة ح ۶.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۱۸۵

الأخ أو الأخت، فلا تكون هذه الصورة مشمولة للقاعدة، فإن الظاهر من قوله «۱» (ع) فی رواية عبد اللّه بن طاوس المتقدمة: انه من دان بدين لزمته أحكامه، انه من دان بدين و عمل علی طبق دينه و مذهبه لا علی خلافه و مضادّه، و عليه فلم يعلم شمول القاعدة لهذا الفرض، بل يمكن ان يقال: انه لا يتحقق قصد النكاح و الإنشاء ممّن يری مدخليّة الأمر المفقود فی صحة النكاح شرعاً؛ فإنه مع الالتفات إلی ضرورة وجود الشاهدين فی النكاح كيف يتمشی منه قصد الإنشاء مع فقدهما و من المعلوم انه مع عدم القصد يكون النكاح باطلًا بحسب اعتقاد الفريقين، فتدبّر جيّداً.

و منها: العدّة علی اليائسة فإنه لا عدة عليها فی مذهبنا بخلافهم؛ إذ انهم يقولون: إنّها تعتد ثلاثة أشهر من تاريخ طلاقها (كما فی الفقه علی المذاهب الأربعة) «۲»، و ربما يقال فی تطبيق القاعدة علی هذا المورد: ان قاعدة الإلزام تلزم من كان من العامّة يری ثبوت العدة

عليها، ان لا يعقـد فى عـدّتها على الأخت و سائر من يحرم عنـدهم الجمع بينهما، و كـذلك لا يجوز عقـده على الخامسة ما دامت فى العـدة، و هكـذا بقيـة أحكام العدة. مع انه لا يخفى ان هذا الإلزام لا يكون ناشـياً من قاعدة الإلزام الجارية فى حق الشـيعة بالنسـبة إلى المخـالف؛ فـان الملزم له بترتيب أحكام العـدة و آثارها هو اعتقاده بلزوم العـدّة و ثبوتها فى اليائسـة لا قاعـدة الإلزام الثابتـة لنا بالنسـبة إليهم، بل مقتضاها فى هذا الفرع عدم جواز التزويج لنا بالمرأة المطلقة اليائسة ما دامت لم تخرج من العدة، و جواز مطالبة المطلقة منه بالنفقة

(۱) تقدم فى هى ۱۴۲.

(۲) الفقه على المذاهب الأربعة ۴: ۵۴۹.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۱۸۶

ما دامت فى العدة على تقدير الثبوت فى عدة المطلقة الشيعية، و مثل ذلك.

و منها: طلاق المكره الـذى لا يصـح عندنا، و لكنه يصح عند أبى حنيفة «۱» و جمع كـثير منهم، فلو كـان المطلق ممن يقول بقولهم و صدر عنه الطلاق عن إكراه، فمقتضى قاعدة الإلزام جواز التزويج من المطلقة كذلك كالمطلقة ثلاثاً فى الفرع المتقدم، و هكذا طلاق السـكران و طلاق الحائض مع حضور الزوج، و الطلاق فى طهر المواقعـة، ففى جميع ذلك يكون الطلاق فاسـداً على مذهبنا، و يكون صحيحاً عند فقهائهم جميعاً، أو فى بعض المذاهب، فيجوز إلزامهم بذلك.

و منهـا: الطلاق المعلّق، فان كان المعلّق عليه مشـكوك الحصول، و هو المعبّر عنه بالشـرط، فالظاهر اتفاقنا على البطلان و اتفاقهم على الصـحة مع وجود الشـرط، و عليه فلو وقع من المخـالف الطلاـق المعلق بهـذا النحو، يجوز للموافق ترتيب آثـار الصـحة عليه و التزويج بزوجته المطلقة كذلك.

و إن كان المعلق عليه معلوم الحصول كطلوع الشـمس و غروبها، فمنّا من يقول بالصـحة، و بعضـنا يقول بالبطلان، و إن كان يظهر من الجواهر «۲» ان البطلان قول مشـهور، بل حكى عن جمع من الكتب الفقهيـة الإجماع عليه و جعله الحجّة، فإن كان الشـيعى ممّن يقول بالصـحة، فإجراء أحكام الصـحة لا يرتبط حينئذ بقاعدة الإلزام، و إن كان ممّن يقول بالبطلان فالحكم بالصحة يبتنى على هذه القاعدة و يصير من مواردها.

(۱) الفقه على المذاهب الأربعة ۴: ۲۴۸. خلافاً للأئمة الثلاثة فإنَّهم يقولون طلاق المكره لا يقع.

(۲) الجواهر ۳۲: ۷۸.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۱۸۷

و منها: الحلف بالطلاق؛ فإنه لا ينعقـد اليمين بالطلاق عنـدنا بخلافهم، قال ابن رشـد فى البداية «۱»: «و اتفق الجمهور فى الايمـان التى ليست أقساماً بشـىء، و إنما تخرج مخرج الإلزام الواقع بشـرط من الشـروط، مثل ان يقول القائل: فإن فعلت كـذا فعلىّ مشـى الى بيت اللّه، أو: ان فعلت كـذا و كـذا فغلامـى حرّ أو امرأتى طـالق، انهـا تلزم فى القرب، و فيمـا إذا التزمه الإنسان لزمه بالشـرع مثل الطلاق و العتق، و اختلفوا هـل فيها كفارة أم لا؟» و عليه فلو حلف العامى انه ان فعل كـذا و كـذا فامرأته طالق، و صادف انه فعل ذلك الشـىء، فيجوز للشيعى ترتيب آثار الطلاق و التزويج بالمطلقة الكذائية.

و منهـا: خيـار الشـرط، فالشـيعة لاـ تقيـده بوقت، بل يعتبرون ان يكون مـدة مضـبوطة لا تحتمل الزيادة و النقصان، و المالكيـة «۲» بعد تقسيمهم مدة خيار الشرط بالنسبة إلى المبيع إلى أربعة أقسام منها بيع العقار قالوا فيه: إنه يمتدّ إلى ستّة و ثلاثين يوماً، و الشافعية «۳» و الحنفية «۴» يشترطون ثلاثة أيام، و الحنابلة «۵» يقولون بمثل قولنا، و عليه فربما يقال فى تطبيق القاعـدة على هذا المورد: إن للجعفرى

إلزام غيره من اتباع هؤلاء غير الحنابلة بتحديد مدة الشرط و عدم التجاوز عن ذلك.

و أنا أقول لا وجه للإلزام بالتحديد و عدم التجاوز؛ فإنهم تارة يشترطون الخيار في المدة المحدودة، و أخرى يتجاوزون عنها في مقام

(١) بداية المجتهد و نهاية المقتصد ١: ٣٠٠.

(٢) الفقه على المذاهب الأربعة ٢: ١٧٨.

(٣) الفقه على المذاهب الأربعة ٢: ١٧٩، ١٧٧.

(۴) الفقه على المذاهب الأربعة ٢: ١٧٩، ١٧٧.

(۵) الفقه على المذاهب الأربعة ٢: ١٧٩، ١٧٧.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ١٨٨

الاشتراط، و ثالثة يشترطون أصل الخيار من غير ذكر المدة، أو مع ذكر المدة من دون قيد، أو ذكر مدة مجهولة.

ففي الأوّل لا مجال لجريان قاعدة الإلزام كما هو واضح، و في الثاني تجرى القاعدة و تحكم بالبطلان رأساً، أو الرجوع الى الحدّ، بناء على جريان قاعدة الإلزام فيما لو عملوا على خلاف اعتقادهم، على خلاف ما احتملناه سابقاً من الاختصاص بما إذا كان عملهم مطابقاً لاعتقادهم.

و في الثالث ان كانوا يحكمون فيه بالبطلان لا وجه لجريان قاعدة الإلزام، لتوافق الفريقين على ذلك، و إن كانوا يحكمون فيه بالصّحة و الرجوع الى الحدّ، كما يؤيده فتوى بعض الخاصة بذلك في بعض فروض القسم الثالث، كما يظهر من مراجعة خيارات مكاسب «١» الشيخ الأعظم الأنصاري (قده)، فمقتضى قاعدة الإلزام تأثير الفسخ في المدّة، فيما لو كان الفسخ موافقاً لنظر الطرف الذي هو امامي على المفروض؛ فان مقتضى قوله «٢» (ع): من دان بدين لزمته أحكامه، الالتزام بتأثير الفسخ، و أمّا اقتضاؤه لجواز الفسخ و تأثيره مطلقا فغير معلوم، بل معلوم العدم؛ لعدم جريان قاعدة الإلزام في مثل هذه الصّورة، ممّا كان بعض الخاصّة موافقاً لهم، خصوصاً إذا كان ذلك البعض ممّن يشار اليه بالبنان و يعدّ من الأركان؛ لأن الظاهر ان مجرى القاعدة هو ما إذا كان مرامهم و مذهبهم واضحاً عند الإماميّة و معدوداً من مشخّصاتهم و مميزاتهم، و أمّا مع ثبوت الاختلاف و كون بعضنا موافقاً لهم، فلا مجال لجريانها كما لا يخفى.

(١) المكاسب.

(٢) مرّ في ص ١۴٩.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ١٨٩

و منها: إرث الزوجة، فإنهم يحكمون بأنه يكون من جميع تركة زوجها، نقوداً أو عروضاً أو أراضي مملوكة أو بساتين أو غيرها، من غير فرق ظاهراً بين ذات الولد من الزوج و غير ذات الولد، و أمّا الإمامية فهم و إن اختلفوا في ذات الولد، الّا انهم اتفقوا في غير ذات الولد على عدم إرثها من جميع التركة، بل لا ترث من الأرض لا عيناً و لا قيمة، و ترث من الأشجار و البناء و النخيل و سائر ما هو ثابت في الأرض القيمة دون العين.

و عليه فمقتضى قاعدة الإلزام في هذا المورد، انه إذا كان الميت مخالفاً و الزوجة شيعية و لم تكن ذات ولد من الزوج الحكم بأنّها ترث من جميع التّركة، و لا تكون محرومة من شيء، وارثها من العين دون القيمة.

و منها: طواف النساء، فإنّهم لا يوجبونه في الحج، و الشيعة قائلون بوجوبه، و إن لم يكن ركناً من أركان الحج، و فرّعوا عليه ان الإخلال به يوجب عدم حليّة النساء عليه مطلقا حتى العقد عليها، و حينئذ لو حج سنّي و زوجته شيعية، أو بالعكس، لا يحلّ لكل واحد الطرف المقابل عندنا، و لكن مقتضى قاعدة الإلزام الجارية في حق الشيعة الحليّة؛ نظراً الى دينه، و إن من دان بدين لزمته أحكامه، و

كـذا يجوز للموافق التزويـج بالحاج المخالف التارك لطواف النساء على مـذهبه؛ لهذه القاعدة، الّا ان يقال بعدم جريانها إلّا فى موارد يكون إلزام المخـالف ضـرراً عليه، و لا يجرى فى غير موارد الضّـرر؛ لان كلمـة الإلزام ظاهرة فيه، و فى المقام يكون الإلزام بنفعه دون ضرره.

و عليه فلا بد لحلّ مشكلة حجّ المخالف من التطرق الى غير قاعدة الإلزام، فنقول

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ١٩٠

يمكن ان يكون الوجه فيه جريـان سـيرة أصـحاب الأئمـة (ع) المختلطين بالعامّـة اختلاطـاً كـثيرا، خصوصـاً مع كثرتهم و معـاملتهم مع حجاجهم المعاملة مع حجاج الشيعة فى ما يرتبط بمسألـة النّساء، و حكمهم ببقاء نسائهم على الزوجيـة بعـد الحج، و جواز العقد على مرأة جديدة، و لم يظهر من الأئمة (ع) الردع عن ذلك، مع كون هذه الجهة بمرأى و مسمع منهم، فسكوتهم دليل على الرّضا، و نتيجة ذلـك إمضـاء حجهم، و لو كان فاقـداً لطواف النساء، و لا ارتباط له بقاعـدة الإلزام أصـلًا؛ لما ذكرنا فى وجهه، و حكمهم (ع) باعتبار طواف النساء فى الحـج و مـدخليته فى حلّيـة النساء بقاءً و حـدوثاً لا يكون ردعاً عن هـذه السـيرة العمليـة، لاحتياج الردع فى مثلها الى التصريح كما لا يخفى.

و يمكن ان يكون الوجه فيه: انهم حيث يعتبرون فى الحـج طواف الوداع، و يقول الأـغلب منهم بوجوبه و لزوم الإتيان به، يكون ذلك الطواف بحكم طواف النسـاء فى التـأثير، و يـدلُّ عليه خبر إسـحاق «١»: لـو لاـ مـا منّ الله به على النـاس من طواف الوداع، لرجعوا الى منـازلهم و لاـ ينبغى ان يمسّوا نسـائهم. بل عن على بن بابويه «٢» الفتوى به فى الشـيعى الناسـى لطواف النساء، الآتى بطواف الوداع، و احتمال ان يكون المراد من الرواية ان الاتفاق على فعل طواف الوداع سبب لتمكّن الشيعة من طواف النساء؛ إذ لولاه لزمته التقية بتركه غالباً، فى غاية البعد، بل الظاهر ان المراد بالناس

---

(١) الوسائل ٩: ٣٨٩ ب ٢ من أبواب الطواف ح ٣. التهذيب ۵: ٢۵٣ ح ٨۵۶.

(٢) على ما نقل فى المختلف ۴: ٢٠٢. على احتمال قوى يكون سألته مفقودة طبع جديد.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ١٩١

فيه هم العامة غير القائلين بطواف النساء، و لا مجال لاستفادة حكم الشيعى من الرواية إذا كان كذلك، بعد كون موردها المخالفين.

و منها: الشـفعة بالجوار، فعلى ما حكاه ابن رشد فى بدايته «١» يقول أهل العراق بأن الشـفعة مرتّبة فأولى الناس بالشفعة الشريك الذى لم يقاسم، ثمّ الشـريك المقاسم، إذا بقيت فى الطرق أو فى الصّحن شركة، ثمّ الجار الملاصق. و قال أهل المدينة: لا شفعة للجار و لا للشريك المقاسم، و قال المحقق فى كتاب الشفعة من الشرائع «٢»: «الثانى فى الشفيع و هو كل شريك بحصة مشاعة قادر على الثمن، و يشترط فيه الإسلام إذا كان المشترى مسلماً، فلا تثبت الشفعة بالجوار، و لا فى ما قسّم و ميّز، الا مع الشركة فى طريقه أو نهره».

و ربما يقال فى تطبيق القاعدة على هذا المورد: انه لو كان لسنّى جار شـيعى، و اراد السنّى بيع داره، فللشيعى أن يأخذ بالشفعة و أخذ الدّار منه؛ إلزاماً له بما يدين به، و إن كان هو غير معتقد بثبوت حق الشفعة للجار.

أقول: حيث ان الشـفعة حق للشريك أو الجار على تقديره، على المشترى لا على البائع، ضرورة ان حق الشفعة يرجع الى تسلط صاحبه على أخـذ المال من يـد المشترى بغير رضاه، على خلاف قاعـدة تسـلط الناس على أموالهم، و لـذا اشترط المحقق فى عبارته المتقدمة إسـلام الشفيع إذا كان المشترى مسلماً، فلا بد فى إجراء قاعدة الإلزام من ملاحظة حال المشترى و انه هل يكون مخالفاً أو موافقاً، فإذا كان الأوّل يحكم بمقتضى

---

(١) بداية المجتهد و نهاية المقتصد ٢: ١٩٣.

(۲) شرائع الإسلام ۳: ۲۵۴.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۱۹۲

تديّنه بثبوت حقّ الشفعة للجار بناءً على تبعيّته لأهل العراق القائلين بثبوت ذلك الحق له في المرتبة الثالثة، و إن كان البائع شيعيّاً، و إذا كان الثاني فلا مجال لإعمال حق الشفعة بالنسبة إليه، و إن كان البائع سنيّاً، و بالجملة لا بد في إجراء قاعدة الإلزام من ملاحظة حال المشتري دون البائع، كما عرفته في القول المذكور.

و منها: أبواب الضمانات، سواء كان الضمان ضماناً واقعياً و هو الضمان بالمثل أو القيمة، أم كان ضماناً معاوضيّاً و هو المعبر عنه بالضمان بالمسمّى، و تطبيق القاعدة على هذه الأبواب بأنه في كل مورد يكون الضمان بأحد الوجهين ثابتاً باعتقاد المخالف فمقتضاها الحكم بثبوته و إن لم يكن عليه ضمان عندنا و على اعتقادنا، فيجوز إلزامه بذلك على طبق القاعدة، و أخذ المثل أو القيمة و المسمّى منه، و التصرف فيه بأيّ نحو شاء، و إن كان الحكم الاولي غير ذلك، و موارد هذا القسم كثيرة و لا بأس بالإشارة إلى جملة منها.

۱ ما لو باع حيواناً من المخالف و قبضه المشتري، ثمّ تلف في يده في أيام خيار الحيوان الثابت للمشتري، فالاماميّة قائلون: إن التلف من البائع، لقاعدة التلف في زمن الخيار ممّن لا خيار له، و المخالفون قائلون: إن التلف من المشتري؛ لإنكارهم هذه القاعدة و قولهم: إن التلف ممّن وقع في يده و هو المشتري، و عليه فمقتضى قاعدة الإلزام الجارية في البائع الشيعي عدم وجوب ردّ الثمن إليه، لان مقتضى اعتقاد المشتري ذلك، و إن كان مذهب الإمامية لزوم ردّ الثمن بناء على كون مفاد قاعدة التلف المذكورة حصول الانفساخ القهري قبل التلف آناً ما و وقوعه في ملك البائع، فيجب عليه ردّ الثمن سواء كان مساوياً للمبيع قيمة أو مخالفاً له كذلك، و سواء كان

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۱۹۳

من جنسه أو من غيره، كما هو ظاهر كلام الأصحاب، بل صريح جماعة منهم كالمحقق «۱» و الشهيد «۲» الثانيين، أو لزوم ردّ المثل أو قيمة المبيع بناء على كون مفاد القاعدة مجرد الضمان دون الانفساخ، كما هو ظاهر بعض الكلمات كالشهيد في الدروس «۳»، و بالجملة لا يجب عليه بمقتضى قاعدة الإلزام ردّ شيء إلى المشتري المخالف.

۲ الوديعة، و فيها فرعان:

الأوّل الوديعة المحفوظة عند من يساكن المستودع عادة، و قيل في تطبيق القاعدة عليها ما هذه عبارته: «الوديعة عندنا ليست بمضمونة مع المحافظة عليها، من غير فرق بين ان يحفظها الإنسان عند ولده أو زوجته أو غيرهما، بل عند كل شخص يحفظ عنده ماله عادة، قال العلامة الحلّي (قده) في تبصرته «۴» في البحث عن الوديعة: «و يضمن المستودع مع التفريط لا بدونه» و قال المحقق في الشرائع «۵» في المورد نفسه: «و إذا استودع وجب عليه الحفظ، و لا يلزمه دركها لو تلفت من غير تفريط أو أخذت منه قهراً» امّا أبو حنيفة فقد ذهب الى عدم وجوب الضمان لو أودعها عند من يساكنه من العيال، قال في الفقه على المذاهب الأربعة «۶»: الحنفيّة قالوا: على ان

---

(۱) شرائع الإسلام ۲: ۲۳.

(۲) اللُّمعةِ ۳: ۴۵۰، ۴۵۹ و المسالك جزء ۱ ۱۷۸ و.

(۳) الدروس ۳: ۲۷۳، ۲۷۲.

(۴) تبصرة المتعلمين: ۱۴۰.

(۵) شرائع الإسلام ۲: ۱۲۹.

(۶) الفقه علىٰ المذاهب الأربعة ۳: ۲۵۲ و ۲۵۳.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۱۹۴

للوديع ان يحفظ الوديعة عند من يساكنه عادة من عياله، الى قوله: فاذا دفع الوديعة لولده و نحوه ممن يساكنه من عياله فهلكت عند الثانى، فإن الأوّل لا يضمن؛ لانه دفعها لمن يصحّ ان يحفظ عنده ماله. و بناء على هذا فلو أودع حنفى وديعة عند شيعى، و أودعها الشيعى عند زوجته أو من يساكنه من عياله، و تلفت، فليس للحنفى ان يطالبه بتلك الوديعة و لا بضمانها، لان الشيعى قد أودعها عند من يصحّ إيداعها عنده، و لا شيء عليه إلزاماً؛ له بما يدين به من عدم الضمان فى هذه الصورة».

أقول: أوّلًا غير خفى ان غرض الحنفية من الكلام المنقول عنهم انه لا- يجب على المستودع ان تكون الوديعة باقية عند نفسه، بل الواجب عليه هو حفظها، و له طرق منها دفعها الى الولد و نحوه ممن يساكنه عادة، و ليس لهذا الكلام مفهوم و هو عدم جواز الدفع الى غير من يساكنه عادة، و لو كان حافظاً لها أشدّ الحفظ، و عليه فلا خلاف ظاهراً بين الحنفية و سائر الفرق أصلًا.

و ثانياً: ان مورد القاعدة ما لو كان نظر الشيعى مخالفاً لنظر المخالف، و لكنه يلزمه بمقتضى نظره الذى هو بضرره و فى مثال الوديعة المذكور الذى يكون المودع فيه حنفيّاً و المستودع شيعيّاً أنه لا فرق بين النظرين، لانه كما يقول الحنفية بعدم الضمان، كذلك يقول الشيعة بذلك؛ لان المفروض عدم تحقق التعدى و التفريط، فلا مجال فى مثله لإجراء القاعدة، و بعبارة اخرى: مجرى القاعدة ما لو كان معتقد المخالف مخالفاً للحكم الواقعى الأولى الثابت عندنا، و فى المثال لا اختلاف بيننا و بينهم أصلًا.

الثانى الوديعة التى يمكن اختفاؤها و ليست بذهب و فضة، و لا درهم

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۱۹۵

و دينار، و لم يشترط على المستودع الضمان، ففيها يقول فقهاؤنا بعدم ثبوت الضمان، و لكنهم فى بعض مذاهبهم على ما حكى يقولون بالضمان، فاذا كان المعير إماميّاً، و المستعير من أهل ذلك المذهب القائل بثبوت الضمان، يجوز للمعير أخذ المثل أو القيمة منه فى صورة التلف بمقتضى قاعدة الإلزام، و إن لم يكن هو قائلًا بالضمان أصلًا.

۳ ما لو باع شيئاً من المخالف الحنفى، و لم يشترط خياراً لهما، أو لخصوص المشترى، فلو فسخ المشترى و هما بعد فى المجلس و لم يتحقق التفرق، فللبائع الشيعى إلزامه ببقاء المعاملة و عدم صحة هذا الفسخ؛ من جهة ان مذهبه انه لا خيار فى المجلس الّا بالشرط، فاذا لم يكن هناك شرط فلا- خيار، و إن كان مذهب البائع ثبوت خيار المجلس و لو من دون اشتراط، و هكذا الحال لو كان المشترى مالكيّاً؛ إذ أنهم ينكرون خيار المجلس رأساً.

أقول: قد عرفت احتمال عدم كون مثل هذا المورد مجرى القاعدة، فإن مجراها ما إذا كان المخالف عاملًا على طبق اعتقاده و دينه، لا على خلافه، و من المعلوم ان الفسخ فى المثال خلاف مذهبه؛ إذ انه يرى عدم ثبوت حق الفسخ له أصلًا.

۴ ما لو باع حرّا و عبداً صفقة واحدة من حنفى، فالامامية قائلون بأن البيع صحيح بالنسبة الى العبد، و باطل بالنسبة إلى الحرّ، و لكن الحنفية قائلون بالبطلان فى الجميع، فاذا كان البائع شيعيّاً و ندم على بيع عبده، يجوز له إلزامه بردّ العبد؛ لاعتقاده ببطلان بيعه ايضاً، و إن كان هو قائل بصحته بالنسبة إليه، و مثله ما لو باع خمراً و خلّاً أو شاة و خنزيراً و مثلهما.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۱۹۶

و منها: الرهن، و فيه فروع كثيرة مرتبطة بقاعدة الإلزام، و نحن نتعرض لجملة منها:

الأوّل قال الشيخ (قده) فى كتاب الخلاف «۱»: ان الراهن إذا شرط ان يكون الرهن عند عدل، صحّ هذا الشرط، ثمّ ذكر بعده:

لا يجوز للعدل ان يبيع الرهن الّا بثمن مثله حالا و يكون من نقد البلد إذا أطلق له الإذن فإن شرط له جواز ذلك كان جائزا و حكى عن ابى حنيفة انه قال: يجوز له ان يبيعه نسية و بأقلّ من ثمن المثل حتى انه لو وكله فى بيع ضيعة تساوى مائة ألف دينار بدانق الى ثلاثين سنة نسية جاز ذلك. و على هذه الفتوى لو كان الراهن حنفيّاً، و شرط ان يكون الرهن عند عدل، يجوز له إلزامه بمقتضى قاعدة الإلزام بصحّة البيع كذلك، كما هو ظاهر.

الثانى ان الصحيح عند الإمامية عدم ثبوت الضمان فى الرّهن الّا مع التعدى و التفريط؛ لانه قسم من أقسام الأمانة المالكية التى ليس

فيها الضمان إلّا فى الصّورتين، و لكن حكى الشيخ (قده) فى الكتاب «۲» المزبور عن أبى حنيفة ان الرهن مضمون بأقل الأمرين، و هما الدين و قيمة العين المرهونة، و عليه فلو كان المرتهن حنفيّاً و تلف عنده العين المرهونة بدون تعدّ و تفريط، يجوز إلزامه بأقلّ الأمرين؛ لقاعدة الإلزام، و إن كان لا ضمان عليه عندنا فى هذه الصورة.

---

(۱) الخلاف ۳: ۲۴۲ و ۲۴۴.

(۲) الخلاف ۳: ۲۴۵، ۲۵۱. المبسوط للسرخسى ۲۱: ۶۴.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۱۹۷

الثالث حكى الشيخ «۱» (قده) ايضاً عن أبى حنيفة: ان العدل لو باع الرهن لأداء الدين و قبض الثمن، فلو تلف الثمن بعد القبض يسقط من الدين بمقدار الثمن، و بعبارة اخرى: يكون ثمن الرهن فى ضمان المرتهن، مع انه غير صحيح عندنا؛ لانّه لا وجه لسقوط دين المرتهن ما لم يقبض دينه، و لكن المرتهن ان كان حنفيّاً يجوز إلزامه بسقوط دينه لقاعدة الإلزام.

الرّابع حكى الشيخ «۲» (قده) عن أبى حنيفة أيضاً: ان منفعة العين المرهونة لا تكون للراهن و لا للمرتهن، فاذا كانت داراً مثلًا لا يجوز للراهن و لا للمرتهن ان يسكنها أو يؤاجرها، و أما نماؤها المنفصل، فيدخل فى الرهن، فيكون رهناً مثل أصله، مع انّ الصحيح عندنا ان منفعة الرهن انما تكون ملكاً لمالكها، و كذا النماء المنفصل يكون ملكاً له، و لا- يكون رهناً، و عليه فلو كان الراهن حنفيّاً يجوز بمقتضى القاعدة إلزامه بدخول النماء المنفصل فى الرّهن، و بعدم تصرفه فى العين المرهونة بالسكن و الإيجار.

و منها: منافع العين المغصوبة، فالمحكى عن أبى حنيفة المصرّح به فى صحيحة «۳» ابن ابى ولّاد المعروفة، الواردة فى البغلة التى اكتراها فخالف، ان الغاصب لا يضمن المنافع و إن استوفاها، و قد ذكر فى الرواية تصريحه بسقوط الكراء بمجرد المخالفة و تحقق الغصب، و هذه هى الفتوى التى قال الامام (ع) فى تلك الرواية فى شأنها: فى مثل هذا القضاء و شبهه تحبس السماء ماءَها، و تحبس الأرض بركاتها، و أمّا نحن فنقول بضمانها، خصوصاً إذا كانت مستوفاة، و على ما ذكر لو كان المغصوب منه حنفيّاً يجوز إلزامه بمقتضى قاعدة الإلزام بذلك، و منعه عن أخذ قيمة منافع العين المغصوبة

---

(۱) الخلاف ۳: ۲۴۵، ۲۵۱. المبسوط للسرخسى ۲۱: ۶۴

(۲) الخلاف ۳: ۲۴۵، ۲۵۱. المبسوط للسرخسى ۲۱: ۶۴

(۳) الوسائل ۱۷: ۳۱۳ ب ۷ من أبواب الغصب ح ۱.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۱۹۸

مطلقاً.

و منها: ضمان المجهول، اى: ضمان الدين الذى لا- يعلم مقداره و انه قليل أو كثير، فإنه باطل عندنا، و المحكى عن أبى حنيفة و مالك صحة هذا الضمان، و عليه فلو كان الضامن حنفيّاً أو مالكيّاً، يجوز إلزامه بمقتضى قاعدة الإلزام بصحة الضمان و لو كان الدين مجهولًا، و هكذا ضمان ما لم يجب بناء على بطلانه عندنا.

و منها موارد أخرى كثيرة متفرقة فى أبواب الفقه تظهر لمن تتبعها.

هذا تمام الكلام فى قاعدة الإلزام.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۱۹۹

قاعدة من ملك شيئاً ملك الإقرار به

اشارة

و هى ايضاً من القواعد الفقهيهٔ المشهورهٔ التى اشتهرت منذ زمان الشيخ الطوسى (قده) حتى زماننا هذا، و الكلام فيها يقع فى مقامات:

المقام الأوّل– فى مورد هذه القاعدهٔ و بيان النسبهٔ بينها و بين قاعدهٔ «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز»

«۱» التى تقدم البحث عنها مفصّلًا، فنقول: ان النسبهٔ بين الموردين هى العموم من وجه، و لازمه وجود مادهٔ الاجتماع و مادّتى الافتراق. امّا مادهٔ الاجتماع فهى مثل ما إذا أقر الشخص بأنه وهب ماله لزيد مثلًا فإنه بمقتضى كونه إقراراً من عاقل على نفسه تنطبق عليه قاعدهٔ الإقرار، و بمقتضى كونه مالكاً و مسلّطاً على هبهٔ ماله؛ لان الناس مسلّطون على أموالهم تنطبق عليه قاعدهٔ من ملك.

---

(۱) الوسائل ۱۶: ۱۳۳ ب ۳ من كتاب الإقرار ح ۲. المستدرك ۱۶: ۳۱، كتاب الإقرار.

القواعد الفقهيهٔ (للفاضل)، ص: ۲۰۰

و أمّا مادهٔ الافتراق من ناحيهٔ قاعدهٔ من ملك فهى كما إذا أقرّ الوكيل أو الولىّ على الأصيل، كما إذا أقرّ ببيع مال الموكل أو المولّى عليه بثمن مخصوص، أو شرط مخصوص فإنه لا- ينطبق عليه قاعدهٔ الإقرار؛ لعدم كونه إقراراً على نفسه، بل على موكّله أو له أو الصّغير.

و أما مادّهٔ الافتراق من ناحيهٔ قاعدهٔ الإقرار فهى ما إذا أقر على نفسه بفعل لا يكون جائزاً له و لا مسلّطاً عليه، كالإقرار بقتل زيد أو جرحه مثلًا فإنه لا ينطبق عليه قاعدهٔ من ملك، بل هو من مصاديق قاعدهٔ الإقرار.

و على ما ذكرنا فلا وجه للاستناد فى هذه القاعدهٔ إلى قاعدهٔ الإقرار كما حكى عن بعض تخيّله.

المقام الثانى– فى مدركها،

فنقول:

قد عرفت ان قاعدهٔ الإقرار لا يمكن ان تكون مستنداً لهذه القاعدهٔ لما عرفت من اختلاف الموردين، و انّ العمدهٔ فى هذه القاعدهٔ تصحيح إقرار الصّبى بما يصحّ منه، كالوصيهٔ بالمعروف و الصّدقهٔ، و لو كان المستند فيها حديث الإقرار، لم يجز ذلك؛ لبنائهم على خروج الصبىّ من حديث الإقرار، مع ان دليل الإقرار لا ينفع فى إقرار الوكيل و العبد و الولىّ على غيرهم كما مرّ، فاللازم اقامهٔ الدليل من غير تلك الناحيهٔ، و ما يمكن ان يكون دليلًا أمور:

أحدها الإجماع على هذه القاعدهٔ، بمعنى ان استدلال الأصحاب بها يكشف عن وجود دليل معتبر لو عثرنا به لم نعدل عنه، و إن لم يكشف عن الحكم الواقعى، بل يظهر منهم انهم أرسلوها إرسال المسلّمات. قال

القواعد الفقهيهٔ (للفاضل)، ص: ۲۰۱

الشيخ «۱» فى مسألهٔ إقرار العبد المأذون فى التجارهٔ: «و إن كان يعنى المال المقرّ به يتعلق بالتجارهٔ مثل ثمن المبيع و أرش المعيب و ما أشبه ذلك، فإنه يقبل إقراره؛ لأنه من ملك شيئاً ملك الإقرار به إلخ» و حكاه عنه الحلّى «۲» ساكتاً عليه من دون اعتراض، و ظاهره ارتضاؤه له، و إلا لم يكن من دأبه السكوت.

و قال القاضى فى «المهذّب» «۳»: إذا أقرّ المريض المكاتب لعبده فى حال الصحّهٔ بأنه قبض مال الكتابهٔ، صحّ إقراره و أعتق العبد؛ لان المريض يملك القبض، فيملك الإقرار به مثل الصّحيح.

و قال المحقق فى «الشرائع» «۴»: لو كان يعنى العبد مأذوناً فى التجارهٔ، فأقرّ بما يتعلق بها، صحّ؛ لانه يملك التصرف فيملك الإقرار، و

يؤخذ ما أقرّ به ممّا فى يده. و مثله العلامة فى محكى القواعد.

و ذكر فخر الدين «۵» فى مسألـة اختلاف الولى و المولّى عليه: انّ الأقوى ان كل من يلزم فعله و إنشاؤه غيره كان إقراره بذلك ماضياً عليه.

و ربما يستدل على تقديم قول الوكيل فى التصرف بأنه أقرّ بما له ان يفعله.

و لكن الظاهر انه لا مجال للاستناد إلى الإجماع أيضاً؛ لوجهين

---

(۱) المبسوط ۳: ۱۹.

(۲) السرائر ۲: ۴۹۹.

(۳) المهذّب ۲: ۳۸۳.

(۴) شرائع الإسلام ۳: ۱۱۹.

(۵) على ما نقل فى مكاسب الشيخ: ۳۶۹.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۲۰۲

الأوّل: انه يظهر من جملـة من أعاظم الفقهاء المخالفـة و عدم الالتزام أو الترديد فى هذه القاعدة، فعن العلّامة فى التذكرة «۱» انه رجّح تقديم قول الموكّل عند دعوى الوكيل التصرف قبل العزل، و تردّد فيه فى التحرير «۲».

و استظهر من فخر الدين فى الإيضاح «۳» عـدم قبول دعوى الزوج فى العـدة الرّجوع، و جعل نفس الدعوى رجوعاً، و تردّد فى ذلك فى موضع من القواعد، و عن الشهيد فى القواعد «۴» الاستشكال فى دعوى الزوج الرّجعة، و عن المحقق «۵» الثانى إنكار هذه القاعدة رأساً؛ إذ تردّد فى قبول إقرار العبد المأذون، و فى قبول قول الولىّ فى تزويج بنته لو أنكرت، بل و لو لم تنكر؛ لجهلها بالحال.

لكنّه ذكر الشيخ الأعظم الأنصارى (قدس سره) فى رسالته «۶» فى هذه القاعدة «ان الإنصاف أن القضية المذكورة فى الجملة اجماعيّة، بمعنى انه ما من أحد من الأصـحاب ممّن وصل إلينا كلامهم الّا و قد عمل بهذه القضـية فى بعض الموارد، بحيث يعلم ان لا مسـتند له سواهـا؛ فان من ذكرنا خلافهم انّما خالفوا فى بعض موارد القضـية و عملوا بها فى مورد آخر، الى ان قال: و كيف كان فلم نجـد فقيهاً أسقطه عن استقلال التمسک».

---

(۱) التذكرة ۲: كتاب الوكالة الباب التنازع الوكيل و الموكّل.

(۲) التحرير ۲۳۶.

(۳) إيضاح الفوائد ۳: ۳۳۱.

(۴) القواعد و الفوائد ۱: ۴۰۱ تلاحظ.

(۵) جامع المقاصد ۹: ۲۱۷.

(۶) المكاسب: ۳۷۰.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۲۰۳

الثـانى: ان التمسـك بالإجمـاع انمـا يتمّ لو كـان دليلًا منحصـراً فى المقام، لأن الإجماع حينئـذٍ يتصف بالأصالـة، و يكشف عن موافقة المعصوم (ع) أو وجود دليل معتبر، و أمّا مع فرض عدم الانحصار و تمامية بعض الوجوه الأخر التى اسـتدل بها على القاعدة، و احتمال ان يكون ذلك الوجه هو مسـتند المجمعين، فلا يبقى أصالـة له؛ و لا يتصف بكونه دليلًا مسـتقلا فى مقابل ذلک الوجه كما لا يخفى. فاللازم ملاحظة الوجوه الأخر.

ثانيها استقرار السيرة على معاملة الأولياء، بل مطلق الوكلاء معاملة الأصيل فى إقرارهم كتصرفاتهم، و الظاهر ان المراد بالسيرة هى سيرة المتشرعة، و على تقدير ثبوتها و عدم كون منشئها هو بناء العقلاء على ما يأتى الكلام فيه، لا تجرى فى موارد، القاعدة، فهل تجرى فى مورد الصبى و اعتبار قوله فى ما له ان يفعل، مع انّ مقتضى أدلة عدم اعتبار إقرار الصبىّ (الحاكمة على قاعدة إقرار العقلاء) عدم الاعتبار، بل هل تجرى إذا كان إقرار الولىّ أو الوكيل بضرر المولّى عليه أو الموكل، كما هو المهمّ من هذه القاعدة، مع ان مقتضى أدلة عدم اعتبار الإقرار على الغير عدم نفوذه و عدم اعتباره؟ و بالجملة فالتمسّك بالسّيرة المذكورة فى جميع موارد تطبيق القاعدة فى غاية الإشكال.

ثالثها الروايات الواردة فى الايتمان، الدالة على قبول قول من ائتمنه المالك بالإذن، أو الشارع بالأمر، و انه لا يجوز اتّهامه بوجه، و لكنه استشكل عليه الشيخ «۱» الأعظم (قده) بأن النسبة بين هذه القاعدة و بين الايتمان هى العموم من وجه؛ لعدم جريان قاعدة الايتمان فى إقرار الصّبى

(۱) المكاسب للشيخ: ۳۷۱.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۲۰۴

بما له ان يفعله، و عدم جريان قاعدة من ملك بعد زمان الايتمان، مع ان مقتضى قاعدة الايتمان عدم الفرق، و قد صرح جماعة بالأوّل، و قالوا بأنه لو أقر المريض بأنه وهب و اقبض حال الصحة، نفذ من الثلث، و بعدم نفوذ إقرار العبد المأذون من قبل المولى، بعد الحجر عليه، بدين أسنده الى حال الاذن، فلا مجال لان يكون مستند المقام قاعدة الايتمان بوجه.

رابعها ما افاده الشيخ الأعظم (قده) فى رسالته «۱» من انه يمكن ان يكون الوجه فى القضية المذكورة ظهور اعتبره الشارع و بيان انه من يملك إحداث تصرف فهو غير متّهم فى الاخبار عنه حين القدرة عليه، و الظاهر صدقه و وقوع المقرّ به، و إن كان هذا الظهور متفاوت الافراد قوّة و ضعفاً، بحسب قدرة المقرّ فعلًا على إنشاء المقرّ به، من دون توقف على مقدمات غير حاصلة وقت الإقرار، كما فى قول الزوج: «رجعت»، قاصداً به الاخبار، مع قدرته عليه بقصد الإنشاء، و عدم قدرته لفوات بعض المقدمات، لكنه قادر على تحصيل المقدمات و فعلها فى الزمان المتأخر، كما إذا أقرّ العبد بالدّين فى زمان له فيه الاستدانة شرعاً، لكنه موقوف على مقدمات غير حاصلة، فان الظاهر هاهنا أيضاً صدقه، و إن أمكن كذبه باعتبار بعض الدواعى، لكن دواعى الكذب فيه أقلّ بمراتب من دواعى الكذب المحتملة فى إقرار العبد المعزول عن التجارة الممنوع عن الاستدانة، و لو تأمّلت هذا الظهور و لو فى أضعف افراده وجدته أقوى من ظهور حال المسلم فى صحة فعله، بمعنى مطابقته للواقع، بل يمكن ان يدعى ان حكمة اعتبار الشارع و العرف لإقرار البالغ العاقل على نفسه ان الظاهر ان الإنسان غير متهم فيما يخبر به مما يكون عليه لا له، و فى النبوى: إقرار

(۱) المكاسب للشيخ: ۳۷۱.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۲۰۵

العقلاء، اشارة اليه إذ أضاف الإقرار إلى العقلاء؛ تنبيهاً على ان العاقل لا يكذب على نفسه غالباً، و إلا فلم يعهد من الشارع اضافة الأسباب إلى البالغ العاقل، الى ان قال: مرجعه الى تقديم الظهور على الأصل، كما فى نظائره من ظهور الصحة فى فعل المسلم و نحوه من الظواهر، ثمّ قال: و لكن الظهور المذكور لا حجية فيه بنفسه حتى يقدم على مقابله من الأصول و القواعد المقررة، بل يحتاج الى قيام دليل عليه، أو استنباطه من أدلة بعض القواعد الأُخر.

أقول: يمكن ان يقال بعد استقرار سيرة العقلاء على القضية المذكورة-: إِن الشارع لم يردع عما هو مقتضى بناء العقلاء، و أدلة الأصول و القواعد المقابلة لا تصلح للرّادعية، بل الرّدع يحتاج الى دليل قوىّ.

كما انه يمكن ان يقال: إنّ نفس السلطنة الثابتة من طرف الشارع امّا بدون واسطة أو بوساطة اذن المالك، تلازم عرفاً نفوذ إقراره به، فالدليل على القاعدة نفس هذه الملازمة العرفية، التى مرجعها الى عدم الانفكاك بين السلطة على الشىء و ملكية الإقرار به، فإن الصبىّ الذى يجوز له الوصية، كيف لا- يقبل إقراره بها؟ و الزوج الذى يجوز له الرجوع، كيف لا يقبل إقراره به؟ و إذا أضيف الى ذلك ثبوت الإجماع على القاعدة فى الجملة لا يبقى ارتياب فى أصل القضية، و يكفى مستنداً لها كما لا يخفى. و قد عبّر عن هذا الوجه المحقق العراقى (قده) فيما حكى عنه بثبوت الملازمة بين السّلطنة على ثبوت الشيء و السلطنة على إثباته، بمعنى ان القدرة على وجود الشيء واقعاً تلازم القدرة على إيصاله إلى مرتبة الإظهار و الإثبات، مثلًا لو كانت له السلطنة على بيع داره أو وقفه أو هبته أو غير ذلك من

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۲۰۶

التصرفات، فلا بد و إن تكون له السلطنة على إثبات هذه الاعمال و الأفعال.

و لكنه أورد عليه: أَنَّه ان كان المراد من السلطنة على إثباته هو ان يكون ثابتاً فى مرحلة الظاهر بمحض إظهاره و إقراره، كى يترتب عليه جميع آثار وجود ذلك الشىء، سواء كان له أو عليه أو لغيره أو على ذلك الغير، فهذا دعوى بلا بينة و لا برهان؛ إذ ربما يكون الإنسان قادراً على عمل، و لكن ليس قادراً على إثباته بمحض إقراره، و إلا كان اخبار كل مخبر عن صدور فعل حجة على وجود ذلك الفعل، و إن أنكره من يتعلق به العمل، مثل ما لو استأجر البناء على ان يبنى له حائط، فأخبر بوقوع ذلك البناء، و أنكره المستأجر، فإن إخباره لا يكون حجة قطعاً.

و إن كان المراد هو ان الشارع ان جعل سلطاناً على أمر فجعله ملازم لجعل إخباره و إقراره حجة على إثباته، ففيه: ان هذه ايضاً دعوى بلا بينة و برهان؛ لعدم لزوم اللغوية، مع عدم كون الإقرار حجة؛ لإمكان الإشهاد على صدوره منه حتى فى مثل الرجوع فى العدة. نعم لو كان قوله: رجعت إليها، فى حال عدم انقضاء العدّة إنشاء لا- اخباراً، فهو بنفسه رجوع، و يمكن ايضاً ان يكون من قبيل إثبات الرجوع بإقراره، و من مصاديق هذه القاعدة، و ليس الجعل الثانى من لوازم الجعل الأوّل حتى يكون الدليل على الأوّل دالّاً على الثانى بالدلالة الالتزاميّة.

و الظاهر انه لا مجال لإنكار الدلالة الالتزامية العرفيّة؛ فإنّ العرف يفهم من ثبوت السلطنة للزوج على الرجوع بقول: رجعت، إنشاء، انه لو وقع هذا القول فى مقام الاخبار و الإقرار يكون حجة إذا كانت الزوجة

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۲۰۷

فى العدة، بحيث كان له ذلك، نعم مع انقضاء العدة و عدم ثبوت حق الرجوع له بالفعل، لا مجال لاستفادة حجية الإقرار، كما انه لا تدل عليه القاعدة، لظهورها فى السلطنة الفعلية كما سيأتى إن شاء اللّه تعالى.

المقام الثالث- فى مفاد هذه القاعدة و مدلولها،

فنقول:

الظاهر ان المراد بملك الشىء ليس هى الملكية المتداولة فى باب الأموال، كملك الدار و العقار مثلًا بل بقرينة الإقرار الظاهر فى السّلطنة عليه، يكون المراد به هى السّلطنة على الشىء، سواء كانت هذه السّلطنة ناشئة من الملكية الاصطلاحية أو من ناحية الشارع بواسطة أو بدونها. نعم ذكر سيدنا الأستاذ الأعظم الامام الخمينى (دام ظله الشريف) فى حواشيه على رسالة الشيخ (قده) فى هذه القاعدة ما لفظه: ان المالكية «على ما يستفاد من اللغة و العرف هى علقة و رابطة اعتبارية حاصلة بين الشخص و الشىء، و يستتبعها السلطنة و الاستبداد به، و هى غير السلطنة عرفاً و لغة، و لهذا وقع التشاجر من الصدر الأول بين المفسّرين و المحققين فى أرجحية مالك يوم الدين، أو ملك يوم الدين و لو كان المالك بمعنى السلطان لما وقع النزاع و التشاجر بين أئمة اللّغة و التفسير و أساطين

الأدب و العربيّة، و بالجملة ملك الشيء على ما فى القاموس اى: احتواه قادراً على الاستبداد به، و السلطنة لازم أعم للمالكية، و هذا واضح؛ فإنّ اولى الأمر من النبيّ و الوصيّ لهم السلطنة على أموال الناس و أنفسهم، و ليس لهم المالكيّة، و الحاصل: ان المتفاهم العرفى من ملك الشيء هو كونه صاحباً له فعلًا، فيشمل ملك الصغير فعدم نفوذ إقراره من مستثنيات هذه القاعدة، لا نفوذه فى الموارد الخاصة من الدواخل».

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۲۰۸

ثمّ ذكر (دام ظله الشريف) فى ذيل كلامه ما يرجع الى ان المراد من ملك الإقرار و إن كان هو السّلطنة عليه لا المالكية، لكن الظاهر ان ذكر ملك الإقرار بعد ملك الشيء انّما هو من باب التطابق، مثل قوله: قلت اطبخوا لى جبة و قميصاً.

هذا، و لكن الظاهر انه حيث كانت القاعدة مسوقة لإفادة ملكية الإقرار فى مورد ملكية الشيء، و لا يلائم ذلك التعبير بالملكية، مع كون المراد بها غير معناها، بل ما هو لازم أعم منها، فيكون ذلك قرينة على ان المراد بها هى السلطنة، و إن دلالتها عليها لا تكون دلالة غير ظاهرة، خصوصاً مع ملاحظة الانفكاك بينها و بين الملكية، كما فى الصبى بالنسبة إلى تصرفاته غير الجائزة له شرعاً؛ فان ملكيتها بالنسبة الى جميع أمواله و إن كانت ثابتة الّا، انه لا سلطان له عليها كما لا يخفى. مع انّ القاعدة على ما يستفاد من موارد استدلالات الأصحاب بها مسوقة لإفادة مثل نفوذ إقرار الصبيّ فى التصرفات الجائزة له، و اللازم معناها بحث ينطبق عليها، و لا مجال لحملها على معنى يخرج منه كثير من الموارد، فالإنصاف ان جعل ملك الإقرار قرينة على ان المراد بملك الشيء أيضاً هو السلطنة عليه لا الملكية الاصطلاحية صحيح.

نعم، يكون هنا بحث من جهتين: إحداهما انه هل المراد بالسلطنة السلطنة الفعلية الثابتة بالفعل أو يعمّ السّلطنة غير الفعلية أيضاً؟ فعلى الأوّل لا يشمل الصغير، لعدم السلطنة الفعلية له، نعم، له سلطنة كذلك على بعض التصرفات المالية، مثل الوصية و الوقف و الصّدقة، و هى داخلة فى عموم القاعدة، و الظاهر هو الوجه الأوّل لظهور كلمة «الملك» المساوقة هنا

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۲۰۹

للسلطنة فى السلطنة الفعلية مع ان لازم الوجه الثانى صحة إقرار الصبى بغير الأمور المذكورة من سائر التصرفات المالية و لا يقولون به بوجه.

و الأخرى: انه هل المراد بالسّلطنة هى السلطنة المطلقة بأن يكون مستقلا فيه لا يزاحمه أحد أو مجرّد القدرة على التصرف؟ فعلى الأوّل يختص بالمالك و الوليّ الإجبارى، و على الثانى يشمل الوكيل و العبد المأذون، و الظاهر بملاحظة موارد الاستدلال بالقاعدة فى كلمات الأصحاب (رض) هو الثانى، فالمراد بها ليست هى السلطنة المطلقة بل مطلق السّلطنة كما لا يخفى.

و المراد بالشيء الذى أضيف إليه الملك، هل ما يشمل الأعيان و الأفعال أو يختص بالافعال فقط؟ ربما يقال بالثانى، نظراً الى ان ضمير «به» يرجع الى الشيء، و الظاهر عدم تحقق الاستخدام فيه، و بما ان نفس العين الخارجيّة لا تكون قابلة لتعلق الإقرار بها، الّا باعتبار تعلق فعل من الافعال بها، فمقتضى ذلك ان يكون المراد بالشيء أيضاً فعلًا من الافعال، و يرجع المعنى الى ان من ملك فعلًا من الافعال يملك الإقرار به و الاخبار عنه.

و يرد عليه: ان الإقرار و إن لم يتعلق بنفس العين الخارجيّة، الّا انه لا يلزم تعلقه بفعل من الأفعال؛ فإنه لو أقرّ ذو اليد بكون ما فى يده ملكاً لزيد، يترتب على إقراره النفوذ و المضى، مع ان الإقرار بالملكية لا يكون إقراراً بفعل من الافعال، و لا مجال لإخراج هذا المورد من القاعدة و إن كان داخلًا فى قاعدة الإقرار أيضاً، و لا يلزم من ذلك نفوذ إقرار الصبى فى جميع التصرفات باعتبار ثبوت الملكية له بالنسبة إلى أمواله؛ و ذلك لانّه و إن كان

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۲۱۰

مالكاً الّا انه لا يكون له السّلطنة بالنسبة إليها، و قد مرّ ان المراد بالملكية هى السلطنة، و لا سلطان له على أمواله، و على ما ذكرنا

فالمراد بالشیء ما یعمّ الأعیان ایضاً.

و أمّا الإقرار فمعناه اللّغوی هو إثبات الشیء و جعله قارّاً، کما عرفت فی قاعدهٔ الإقرار، سواء أثبته علی نفسه أو علی غیره، و الظّاهر ان معناه الاصطلاحی أیضاً موافق للمعنی اللغوی، غایهٔ الأمر ان التخصیص بخصوص ما أثبته علی نفسه، انما یستفاد من اضافهٔ کلمهٔ «علیه» المأخوذهٔ فی دلیل قاعدهٔ الإقرار کما لا یخفی. و المراد من ملک الإقرار هی السّلطنهٔ علیه، بمعنی نفوذه و مضیّه و حجیّته، فمفاد القاعدهٔ: ان السّلطنهٔ الفعلیهٔ علی الشیء موضوع لنفوذ إقراره بذلک الشیء و اعتباره.

المقام الرّابع- ظاهر القضیهٔ الشرطیهٔ عند التجرد عن القرینهٔ ان الشرط علهٔ لترتب الجزاء حدوثاً و بقاءً،

لا الحدوث فقط، و إن زال الشرط، و علیه فملکیهٔ الإقرار و سلطنته انّما هی فی زمان وجود السلطنهٔ علی الشیء و تحقّقها، فاذا زالت، تنتفی السلطنهٔ علی الإقرار، فإذا أقرّ الولیّ بعد بلوغ الصبی بأنّه باع ماله قبل البلوغ من زید مثلًا لا یمضی إقراره؛ لعدم کونه مالکاً للبیع فی حال الإقرار؛ لفرض زوال الحجر و تحقق البلوغ، و ملکیته للبیع قبل البلوغ لا تکفی فی نفوذ إقراره بعده، کما انه لو أقرّ الزوج بعد انقضاء العدهٔ بالرجوع فی حالها، لا یترتب علی إقراره أثر؛ لعدم السلطنهٔ علی الرجوع حال الإقرار، و قد حکی عن شرائع «۱» المحقّق انّه اختار عدم قبول إقرار المریض بالطلاق حال الصحهٔ بالنسبهٔ إلی الزوجهٔ؛

---

(۱) شرائع الإسلام ۳: ۱۶.

القواعد الفقهیهٔ (للفاضل)، ص: ۲۱۱

لیمنعها من الإرث، و عن التحریر «۱» التنصیص علی عدم سماع إقرار العبد المأذون فی التجارهٔ بعد الحجر علیه بدین یسنده الی حال الاذن، و قال ایضاً: و کل من لا یتمکن من إنشاء شیء لا ینفذ إقراره فیه، فلو أقرّ المریض بأنه وهب و اقبض حال الصّحهٔ، لم ینفذ من الأصل.

نعم یظهر من الشیخ فی المبسوط «۲» و من فخر الدین «۳» فی الإیضاح عموم نفوذ إقرار المقر علی ما ملکه و لو فی الزمان الثانی و لکنک عرفت انه خلاف ظاهر القضیهٔ الشرطیهٔ عند التجرد عن القرینهٔ؛ إذ ان مقتضاه مدخلیهٔ الشرط حدوثاً و بقاءً.

و لا مجال للاستناد الی استصحاب بقاء السلطنهٔ التی کانت له حال وقوع الفعل الذی یقرّ بوقوعه فی الزمان المتقدم، ابی هذا الزمان؛ و ذلک لتبدل الموضوع؛ إذ ان السّلطنهٔ السابقهٔ کانت فی ظرف السّلطنهٔ الفعلیهٔ علی الشیء، و المفروض انتفاؤها و زوالها، و دعوی الوحدهٔ العرفیهٔ الکافیهٔ فی جریان الاستصحاب ممنوعهٔ جدّاً؛ لوضوح الفرق عندهم بین الزوج فی حال بقاء العدهٔ و بینه فی حال الانقضاء، و کذا سائر الموارد.

المقام الخامس- [ما المراد بملک الإقرار]

لنکرانی، محمد فاضل موحدی، القواعد الفقهیهٔ (للفاضل)، در یک جلد، ه ق

القواعد الفقهیهٔ (للفاضل)؛ ص: ۲۱۱

ذکر الشیخ الأعظم (قده) فی رسالته «۴» فی هذه القاعدهٔ ما ملخّصه: ان المراد بملک الإقرار إذا کان أصیلًا واضح، و إن کان غیر أصیل کالولیّ و الوکیل فیحتمل أموراً

---

(۱) التحرير للعلّامة جزء ۲: ۱۱۴.

(۲) المبسوط ۳: ۳.

(۳) إيضاح الفوائد ۲: ۴۲۹، ۲۳۰.

(۴) المكاسب للشيخ: ۳۶۹.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۲۱۲

الأوّل السلطنة على الإقرار به، بمعنى ان إقراره ماض مطلقا، و يكون كإقرار ذلك الغير، حتى انه لا يسمع منه بيّنة على خلافه، فضلًا عن حلفه على عدمه، قال: و هذا المعنى و إن كان بحسب الظاهر انسب بلفظ الإقرار، الّا انه يكاد يقطع بعدم إرادته.

الثانى ان إقراره به نافذ بالنسبة إلى الأصيل كنفوذ إقراره، و إن لم يترتب عليه جميع آثار إقراره، فالتعبير بالإقرار من حيث انه لمّا كان فى التصرف نائباً عنه و كان كالتصرف الصادر عن نفسه، فالاخبار به كأنه أيضاً صادر عن نفسه، ففعله كفعله و لسانه كلسانه، و لا فرق حينئذ بين ان تقع هناك دعوى و بين ان لا تقع، و لا بين ان تكون الدعوى مع ذلك الأصيل و بين ان تكون مع ثالث، و حينئذ فلو أخبر الوكيل بقبض الدين من الغريم، فاخباره يكون بمنزلة البينة للغريم على الأصيل لو ادّعى عليه بقاء الدين.

الثالث ان يراد قبول قوله بالنسبة إلى الأصيل لو أنكره، فيختص بالتداعى الواقع بينهما، فلا تعرض فيه لقبول قوله بالنسبة إلى الأصيل لو كانت الدّعوى ترجع على ثالث، حتى يكون كالشاهد للثالث على الأصيل، قال: و بهذا يجمع بين حكم المحقق و العلّامة بتقديم قول الوكيل فيما إذا ادّعى على الموكل إتيان ما وكّل فيه، معللين بأنه أقرّ بما له ان يفعله، و تقديم قول الموكّل فيما إذا ادعى الوكيل شراء العبد بمائة و ادعى الموكل شراءه بثمانين، معللين بان الموكل غارم و معنى ذلك ان الوكيل لا يريد ان يدفع عن نفسه شيئاً، و إنما يريد ان يثبت لغيره حقّا على موكّله، فهو بمنزلة الشاهد على الموكّل، و بعبارة اخرى: انما يعتبر إقراره بما له ان يفعله فى

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۲۱۳

ما يتعلق بنفسه لا فى ما يتعلق بغيره.

و هو و إن لم يصرح بترجيح أحد الاحتمالين الأخيرين على الأخر، الّا انه ربما يستظهر من كلامه ترجيح الاحتمال الأخير، و هو اختصاص قبول قوله بما إذا كان فى مقابل الأصيل، و كان التداعى واقعاً بينهما، و الظاهر انه لا محيص عن ترجيحه لو كان المدرك للقاعدة هو الإجماع؛ لأنّه القدر المتيقن من مفادها، كما انه لو كان المدرك لها هى الدلالة الالتزامية العرفية المتقدمة، لكان اللازم ترجيحه ايضاً؛ لعدم ثبوت الدلالة المذكورة بأزيد من هذا المقدار، كما لا يخفى.

ثمّ انه ذكر الشيخ «۱» ايضاً ان المراد بملك الإقرار يحتمل ان يراد به السلطنة المستقلة المطلقة، بمعنى انه لا يزاحمه أحد فى إقراره، و انه نافذ على كلّ أحد، و إن يراد به مجرّد ان له الإقرار به، فلا سلطنة مطلقة له، فيمكن ان يزاحمه من يكون له أيضاً سلطنة على الفعل، فيكون ملك الإقرار بالشىء على نحو السلطنة على ذلك الشىء، فليس للبنت البالغة الرشيدة بناء على ولاية الأب عليها مزاحمة الولىّ فى إقراره، كما ليس لها مزاحمته فى أصل الفعل، و كذا إذا قامت البيّنة على إقرار الأب حين صغر الطفل بتصرف فيه أو فى ماله، فليس له بعد البلوغ مزاحمته، و هذا بخلاف الموكّل، فإنه يزاحم الوكيل فى إقراره، كما يزاحمه فى أصل التصرف.

أقول: معنى المزاحمة فى الإقرار الثابتة فى الموكل انه يمكن للموكّل الإقرار قبل الوكيل، فلا يبقى موضوع لإقرار الوكيل، مثلًا إذا أقرّ بأن مورد الوكالة ملك لزيد، يترتب على إقراره آثار ملكية زيد، و لا يبقى حينئذ

---

(۱) المكاسب: ۳۷۰.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۲۱۴

موضوع لإقرار الوكيل بأنه باعه من عمرو مثلًا، مع انه لو لم يكن مسبوقاً بإقرار الموكل، لكان يترتب على إقرار الوكيل تحقق المعاملة

و ثبوت الملكية لعمرو؛ لان من ملك شيئاً ملك الإقرار به، فالمزاحمة فى الإقرار كالمزاحمة فى أصل التصرف، فاذا باع الموكل مورد الوكالة من شخص قبل ان يتحقق البيع من الوكيل، لا يبقى حينئذ موضوع لتصرف الوكيل.

و الظاهر من الاحتمالين فى معنى ملك الإقرار هو الثانى؛ لرجوعه إلى مساواة ملك الإقرار لملكية الشىء و السّلطنة عليه، بخلاف الاحتمال الأوّل الذى مرجعه إلى توسعة دائرة ملك الإقرار بالنسبة إلى ملك الشىء، كما لا يخفى.

هذا مضافاً الى انه مع ثبوت السلطنة للآخر كما هو المفروض يصير الأخر أيضاً مشمولًا للقاعدة، فيملك الإقرار كما يملكه الأوّل، و لا مجال لإخراجه بعد تساوى نسبة القاعدة إليهما، فمقتضى الأخذ بعموم القاعدة ترجيح الاحتمال الثانى.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۲۱۵

قاعدة الغرور

اشارة

و هى من القواعد المعروفة المشهورة فى باب الضمانات، و المستند إليها فى الأبواب المختلفة فى الكتب الفقهيّة، و الكلام فيها يقع فى مقامات:

المقام الأوّل- فى مدركها و مستندها،

اشارة

و ما قيل أو يمكن ان يقال فى هذا المجال أمور:

الأمر الأوّل- الرواية النبوية المشهورة بين الفريقين و هى قوله (ص): المغرور يرجع الى من غرّه،

و قد حكى إسنادها إلى النبى (ص) عن المحقق الثانى فى حاشية «۱» الإرشاد، و يظهر ايضاً من صاحب الجواهر «۲» فى كتاب الغصب إذ قال: «بل لعلّ قوله (ص): المغرور «۳» يرجع الى من غرّه،

---

(۱) حاشية الإرشاد.

(۲) الجواهر ۳۷: ۱۴۵.

(۳) سنن البيهقى ۷: ۲۱۹، مع اختلاف يسير و نقل من على (ع).

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۲۱۶

ظاهر فى ذلك، و حكى عن ابن الأثير فى نهايته ذلك ايضاً، و لكنى لم أجده فيها».

و كيف كان فقد ادّعى بعض المتتبعين فى كتب الأحاديث انه لا يوجد هذا الحديث فى شىء منها، و من البعيد ان يكون المحقق الثانى، و كذا صاحب الجواهر وجداها فيها، بل كان الاسناد مستنداً الى ما هو المعروف، و عليه فيشكل الاعتماد عليها؛ لأنّ الشهرة الجابرة لضعف الحديث انّما يكون موردها صورة وجود الحديث و النقل عن المعصوم (ع)، غاية الأمر ان ضعفه بالإرسال أو بغيره يكون مجبوراً بموافقة الشهرة له، و استناد المشهور اليه، و أمّا لو كان أصل وجود الحديث مشكوكاً، و لم يعلم وجود النقل و عدمه، فلا معنى للانجبار، بل يرجع الكلام إلى حجية نفس تلك الشهرة أو الإجماع و عدمها، كما لا يخفى، الّا ان يقال: ان اسناد مثل صاحب الجواهر يكفى فى تحقق النقل و وجود الحديث، غاية الأمر كونه بنحو الإرسال، و لكنه يبعده انه لو كان المرسل مثل

الصدوق (ع) من قدماء أصحابنا الإماميّة (رض) و قريب الزّمن الى المعصوم (ع) لكان ذلك كافياً فى تحقق الحديث و وجود النقل، و أمّا مع بعد العهد و انحصار الطريق بكتب الحديث، فلا مجال للاكتفاء به، فالظاهر أن إسناده كما عرفت كان مستنداً الى ما هو المعروف، لا الى الوجدان فى بعض كتب الحديث.

الأمر الثانى– الرّوايات الواردة فى الموارد الخاصّة الدالّة على رجوع المغرور فيما غرمه و تضرر به الى الغار،

مثل ما ورد فى التدليس فى باب النكاح، و قد عقد صاحب الوسائل باباً لذلك عنوانه: ان المهر يلزم بالدخول ان كان بالمرأة عيب، و يرجع به الزوج على وليّها ان كان دلّسها،

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۲۱۷

و إن لم يدخل بها فلا مهر لها، و كذا ان كانت دلّست نفسها و حكم العدة.

و من رواياته رواية «۱» ابى عبيدة عن ابى جعفر (عليه السلام) قال فى رجل تزوج امرأة من وليّها فوجد بها عيباً بعد ما دخل بها، قال: فقال: إذا دلست العفلاء و البرصاء و المجنونة و المفضاة و من كان بها زمانة ظاهرة، فإنّها ترد على أهلها من غير طلاق، و يأخذ الزوج المهر من وليها الذى كان دلّسها، فان لم يكن وليّها علم بشىء من ذلك فلا شىء عليه، و ترد على أهلها، قال: و إن أصاب الزوج شيئاً ممّا أخذت منه فهو له، و إن لم يصب شيئاً فلا شىء له، الحديث. و توصيف الولىّ بأنّه دلّسها ظاهر فى عموم الحكم و جواز الرجوع فى جميع موارد التدليس، و يظهر من الرّواية بقرينة المقابلة انّ التدليس يتحقّق بمجرد العلم بالعيب و عدم إظهاره و بيانه، فلو لم يكن عالماً بالعيب أصلًا، لا يتحقق هناك تدليس، كما انه فى صورة العلم لا يتوقف تحقق عنوانه على إراءتها بنحو لا يكون عيب فيها، بل يكفى مجرد السكوت و عدم البيان، كما لا يخفى.

و منها رواية «۲» رفاعة بن موسى، قال سألت أبا عبد اللّه (عليه السلام) الى ان قال: و سألته عن البرصاء فقال: قضى أمير المؤمنين (عليه السلام) فى امرأة زوجها وليها و هى برصاء ان لها المهر بما استحلّ من فرجها، و إن المهر على الذى زوّجها، و انّما صار عليه المهر؛ لانّه دلّسها، و لو انّ رجلا تزوج امرأة و زوّجه ايّاها رجل لا يعرف دخيلة أمرها، لم يكن عليه شىء، و كان المهر يأخذه منها. و هذه الرواية أظهر من السّابقة

---

(۱) الوسائل ۱۴: ۵۹۴ ب ۲ من أبواب العيوب و التدليس ح ۱.

(۲) الوسائل ۱۴: ۵۹۶ ب ۲ من أبواب العيوب و التدليس ح ۲.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۲۱۸

لصراحتها فى ان استقرار المهر على الولىّ إنّما لأجل التدليس الواقع منه، كما ان عدم التفصيل فى الولىّ من جهة التدليس و عدمه انّما هو لكون موردها البرصاء و هو عيب لا يكاد يخفى على الولىّ، بخلاف الرواية السّابقة المشتملة على بعض العيوب التى يمكن عدم علم الولىّ بها كالافضاء و نحوه.

و منها «۱» صحيحة الحلبى عن ابى عبد اللّه (عليه السلام) فى حديث قال: انما يردّ النكاح من البرص و الجذام و الجنون و العفل، قلت: أ رأيت ان كان قد دخل بها، كيف يصنع بمهرها؟ قال: المهر لها بما استحلّ من فرجها، و يغرم وليّها الذى أنكحها مثل ما ساق إليها، و المراد من إنكاح الولىّ ايّاها و لو بقرينة سائر الروايات صورة التدليس، لا مجرّد الإنكاح و لو كان بدونه.

و منها صحيحة «۲» محمد بن مسلم عن ابى جعفر (عليه السلام) قال: فى كتاب على (عليه السّلام) من زوج امرأة فيها عيب دلّسه و لم يبيّن ذلك لزوجها، فإنه يكون لها الصداق بما استحلّ من فرجها، و يكون الذى ساق الرجل إليها على الذى زوّجها و لم يبيّن. و هذه ايضاً تدل على الرجوع فى صورة التدليس، و تدل ايضاً على ان المراد بالتدليس مجرد العلم و عدم البيان و لم يفرق فى الرواية بين

الولىّ و غيره.

و يؤيد هذه الروايات ما رواه فى قرب «۳» الاسناد عن عبد اللّه بن الحسن عن على بن جعفر عن أخيه (ع) قال: سألته عن امرأة دلّست

(۱) الوسائل ۱۴: ۵۹۶ ب ۲ من أبواب العيوب و التدليس ح ۵.

(۲) الوسائل ۱۴: ۵۹۷ ب ۲ من أبواب العيوب و التدليس ح ۷.

(۳) الوسائل ۱۴: ۵۹۸ ب ۲ من أبواب العيوب و التدليس ح ۸.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۲۱۹

نفسها لرجل و هى رتقاء، قال: يفرق بينهما و لا مهر لها «۱»؛ فان عدم ثبوت المهر مع سببية الدخول له، انّما هو للتدليس الحاصل من ناحية الزوجة نفسها.

و مثل الروايات الواردة فى شاهد الزور الدّالة على رجوع المحكوم عليه به إذا رجع عن شهادته و كذب نفسه مثل:

صحيحة «۲» جميل عن ابى عبد اللّه (ع) فى شهادة الزور ان كان قائماً، و إلا ضمن بقدر ما أتلف من مال الرّجل.

و رواية «۳» محمّد بن مسلم عن ابى عبد اللّه (عليه السلام) فى شاهد الزور ما توبته؟ قال: يؤدى من المال الذى شهد عليه بقدر ما ذهب من ماله، ان كان النصف أو الثلث، ان كان شهد هذا و آخر معه.

و مرسلة «۴» جميل عن أحدهما (عليهما السلام) قال فى الشهود: إذا رجعوا عن شهادتهم و قد قضى على الرجل، ضمنوا ما شهدوا به و غرموا، و إن لم يكن قضى طرحت شهادتهم و لم يغرموا الشهود شيئاً.

و مرسلة «۵» ابن محبوب عن ابى عبد اللّه (ع) فى أربعة شهدوا على رجل محصن بالزّنا، ثمّ رجع أحدهم بعد ما قتل الرجل، قال: ان قال الرابع (الراجع خ. ل) أو همت، ضرب الحدّ و أغرم الدّية، و إن قال: تعمّدت

(۱) الوسائل أبواب العيوب و التدليس، الباب الثانى، حديث ۸.

(۲) الوسائل ۱۸: ۲۳۸ ب ۱۱ من أبواب الشهادات ح ۳.

(۳) الوسائل ۱۸: ۲۳۸ ب ۱۱ من أبواب الشهادات ح ۱.

(۴) الوسائل ۱۸: ۲۳۸ ب ۱۰ من أبواب الشهادات ح ۱.

(۵) الوسائل ۱۸: ۲۴۰ ب ۱۲ من أبواب الشهادات ح ۱.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۲۲۰

قتل.

و رواية «۱» ابى بصير عن ابى عبد اللّه (ع) فى امرأة شهد عندها شاهدان بانّ زوجها مات، فتزوجت، ثمّ جاء زوجها الأوّل، قال: لها المهر بما استحلّ من فرجها الأخير، و يضرب الشاهدان الحدّ، و يضمنان المهر لها عن (بما غرّا) الرجل، ثمّ تعتدّ و ترجع الى زوجها الأوّل «۲».

و رواية «۳» محمد بن قيس عن ابى جعفر (عليه السلام) قال: قضى أمير المؤمنين (ع) فى رجل شهد عليه رجلان بأنه سرق، فقطع يده، حتى إذا كان بعد ذلك، جاء الشاهدان برجل آخر، فقالا: هذا السّارق، و ليس الذى قطعت يده، انّما شبّهنا ذلك بهذا فقضى عليهما ان غرّمهما نصف الدية، و لم يجز شهادتهما على الأخر «۴».

و غير ذلك من الروايات الواردة فى هذا المجال، و لكن الظاهر ان استفادة القاعدة الكلية منها فى غاية الإشكال، و إن كان لا يخلو بعضها عن الاشعار بها، كما لا يخفى.

و مثل ما ورد فی الأمۀ المبتاعۀ أو المزوّجۀ مثل:

روایۀ «۵» جمیل بن دراج عن ابی عبـد اللّه (ع) فی الرجل یشتری الجاریـۀ من السّوق فیولـدها، ثمّ یجیء مستحق الجاریـۀ، قال: یأخذ الجاریۀ

(۱) الوسائل ۱۸: ۲۴۲ ب ۱۳ من أبواب الشهادات ح ۲.

(۲) الوسائل أبواب الشهادات، الباب الثالث عشر، حدیث ۲.

(۳) الوسائل ۱۸: ۲۴۲ ب ۱۴ من أبواب الشهادات ح ۱.

(۴) الوسائل أبواب الشهادات، الباب الرابع عشر، حدیث ۱.

(۵) الوسائل ۱۴: ۵۹۲ ب ۸۸ من نکاح العبید و الإماء ح ۵.

القواعد الفقهیۀ (للفاضل)، ص: ۲۲۱

المستحقّ، و یدفع الیه المبتاع قیمۀ الولد، و یرجع علی من باعه بثمن الجاریۀ و قیمۀ الولد التی أخذت منه «۱».

و روایۀ «۲» ولید بن صبیح عن ابی عبد اللّه (ع) فی رجل تزوج امرأۀ حرّۀ، فوجدها امۀ قد دلّست نفسـها له، قال: ان کان الذی زوجها إیاه من غیر موالیها فالنکاح فاسـد، قلت: فکیف یصـنع بالمهر الـذی أخذت منه؟ قال: ان وجد ممّا أعطاها شـیئاً فلیأخذه، و إن لم یجد شیئاً فلاـ شـیء له، و إن کـان زوجهـا إیاه ولیّ لها، ارتجع علی ولیّها بما أخـذت منه، و لموالیها علیه عشـر ثمنها ان کانت بکراً، و إن کانت غیر بکر فنصف عشر قیمتها؛ بما استحلّ من فرجها.

الأمر الثالث- الإجماع المحصّل من تتبع کلامهم علی رجوع المغرور الی الغار بمقدار الضرر الذی أوقعه الغارّ فیه،

فضـلًا عن الإجماعـات المحکیـۀ، بـل یظهر من کلمـاتهم انهم أرسـلوه إرسـال المسـلّمات، و یظهر ذلک بملاحظـۀ فتاویهم و تعابیرهم خصوصاً فی مسألـۀ تعاقب الأیادی فی باب الغصب؛ إذ یصـرّحون برجوع الضامن الـذی أخـذ المثل أو القیمۀ منه الی من قبله إذا کان غارّاً له فی ذلک، و لا خلاف بینهم فی ذلک، و إن کان ربما یقع الخلاف فی بعض موارد تطبیق القاعـدۀ، کما إذا کان الغار جاهلًا و مشـتبهاً، مثلًا إذا اعتقد ان امرأۀ جمیلۀ و لها ثروۀ کثیرۀ، فمدحها بذلک، فتزوج بها لأجل ذلک رجل له طمع فی مالها و جمالها، فبذل لها مهراً کثیراً، ثمّ انکشف الخلاف و عدم کونها کذلک، فإنه فی مثله وقع الخلاف فی رجوع الزوج الی

(۱) الوسائل أبواب نکاح العبید و الإماء، الباب الثامن و الثمانون، حدیث ۵.

(۲) الوسائل ۱۴: ۵۷۷ ب ۶۷ من أبواب نکاح العبید و الإماء ح ۱.

القواعد الفقهیۀ (للفاضل)، ص: ۲۲۲

المادح و عـدمه، و لکنه لا خلاف بینهم فی الکبری بوجه، هذا و لکن احتمال اسـتناد المجمعین فی إجماعهم إلی النبوی المعروف أو الی بعض الأدلۀ الأخری یمنع من جعل الإجماع حجۀ برأسه و دلیلًا مستقلا فی مقابل سائر الأدلّۀ، کما أشرنا إلیه مراراً.

الأمر الرابع استقرار سیرۀ العقلاء و بنائهم علی رجوع المغرور المتضرر الی الغار

فیما تضـرر به و خسـره، و لا مجال لإنکار هذا البناء: لثبوته قطعاً بینهم؛ فانّ من قدّم ضیافۀ طعاماً مملوکاً لغیره فأکله الضیف، لا اشکال عنـد العقلاء فی انه یرجع الأکل بقیمـۀ الطعام الـذی کان فی الواقع ملکاً لغیر المقـدّم علی المقدِّم الیه لتغریره إیاه من جهۀ ظهور عمله فی کون الطعـام ملکاً لنفسه لا للغیر، و لا شـبهۀ فی الرجوع فی مثله، و من جملـۀ موارده موارد الروایات الخاصـۀ المتقدّمـۀ من تزویج

الولىّ المعيوبة، و كون الأمة المبيعة ملكاً للغير، و موارد شهادة الزّور، و عليه فيمكن ان يقال بان هذه الروايات إمضاء لما عليه العقلاء، كما انه يمكن ان يقال بصلاحية الإجماع المتقدم لان يكون إمضاء للسيرة العقلائية إذا لم نقل بكفاية مجرد عدم الرّدع.

و بالجملة لا إشكال فى تمامية هذا الأمر فى مقام الاستدلال على القاعدة، و لكن الظاهر عدم التساوى بين مورد بناء العقلاء و بين مورد القاعدة؛ فإنه لم يعلم تحقق بناء العقلاء فى صورة جهل الغارّ و عدم علمه، كما ان الظاهر ان العقلاء يحكمون بضمان الغار ابتداء من باب قوة السبب على المباشر فى بعض الموارد، كما لا يبعد فى مثال الطعام المتقدم مع ان مورد القاعدة ما إذا توجه الضمان ابتداء على المغرور المباشر و استقرّ على

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۲۲۳

الغارّ، و مع ذلك فهذا الدليل قوىّ جدّاً.

الأمر الخامس- ما يظهر من كلمة الأصحاب من ان الغار سبب فى الإتلاف

و المغرور مباشر ضعيف، و المباشر متى ضعف يصير الضمان على السبب، و قد اختار الشيخ «۱» الأعظم (قده) هذا الوجه مدركاً لرجوع المغرور الى الغار فيما إذا كان المشترى عن الفضولى جاهلًا بأن البائع فضولى و ليس بمالك فتضرّر.

و أورد عليه بوجهين:

الأوّل ان هذا لو تمّ لزم عدم تحقق الضمان على المغرور أصلًا؛ لعدم كونه متلفاً و متصرفاً فى الحقيقة، مع انهم يقولون: ان المغرور يضمن و يرجع بما اغترمه على الغار، و هذا ينافى ضعف المباشرية، و بعبارة اخرى: لو كان السبب هو الإتلاف، فسبب الضمان هنا شيء واحد، فان كان على الغار فلا وجه لضمان المغرور، و إن كان على المغرور، فلا وجه للرجوع الى الغار، و إن كانا مشتركين فلا بد من التبعيض، فتعدد الضمان مع وحدة السبب لا وجه له.

الثانى ان ضعف المباشر الموجب لضمان السبب انّما هو فيما إذا كان المباشر كالآلة كالصبى غير المميز و المجنون و الحيوان و المكره بالفتح الخالى عن الاختيار و نحو ذلك حتى يصدق الإتلاف على السبب و المغرور فى المقام بالغ عاقل شاعر مختار قاصد فكيف يعقل جعله كالآلة فلا بد من إثبات سبب آخر غير الإتلاف يوجب ضمان الغارّ.

و أجيب عن هذا الوجه بان هذا فيما إذا لم يكن الفاعل المختار جاهلًا

---

(۱) المكاسب: ۱۴۷.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۲۲۴

بالضرر المترتب على فعله، امّا لو كان جاهلًا بالمفسدة و الضرر المترتب على ذلك الفعل، كما لو وصف شخص دواء سامّاً بأنه نافع و له آثار كذا و كذا، و غرّره بشرب ذلك الدواء، فالسبب هاهنا أقوى من المباشر، و إن كان الفعل صادراً عن الفاعل المختار، و لعلّه من هذه الجهة يقال: ان الطبيب ضامن و إن كان حاذقاً، بل يمكن ان يقال: إِنه يقاد لو كان عالماً بأنه سامّ، و مع ذلك غرّر المريض بشربه.

أقول: ان هذا الدليل على فرض تماميّته لا ينطبق على جميع موارد القاعدة؛ فإن الأقوائية انما تتم مع علم الغارّ، و أمّا مع جهله فلا مجال لها أصلًا، كما لا يخفى.

المقام الثانى- فى مفاد القاعدة و معناها،

فنقول: لا شبهة فى ان الغار و المغرور إذا كان كلاهما عالماً بترتب الضرر على الفعل الصادر من المغرور، لا يكون هناك رجوع، كما

انه لا ـ یكون غرور أصلًا؛ فإنه مع علم المغرور بأن المأخوذ مغصوب مثلًا و مع ذلک أخذه و تصرف فیه، لا مجال لتحقق الغرور. كما انه لا شبهة فی انه إذا كان الغار جاهلًا و المغرور عالماً، لا یكون فی البین رجوع و لا غرور بطریق اولی من الصورة المتقدمة.

و أمّا صورة العكس، بان كان الغار عالماً و المغرور جاهلًا فهی القدر المتیقن من القاعدة علی تقدیر اعتبارها؛ لوضوح تحقق الغرور و عنوانی الغارّ و المغرور.

إنّما الإشكال و الارتیاب فی صورة جهل كلیهما، و منشأ الاشكال ان الجاهل بترتب ضرر علی فعل إذا أوقع شخصاً فی ارتكاب ذلک الفعل بتشویقه الیه و توصیفه بترتب النفع علیه، هل یصدق علیه عنوان الغار؟

القواعد الفقهیة (للفاضل)، ص: ۲۲۵

أم لا یصدق علیه خصوصاً إذا كان معتقداً بترتب النفع علیه؟ كالطبیب الحاذق الذی یصف الدواء للمریض باعتقاد تأثیره فی العلاج و قطع المرض، فاستعمله المریض فتبین الخلاف، و إن الدواء كان مضرّاً، و إن الطبیب قد اشتبه علیه ذلک.

ربما یقال: إنه حیث لا ـ یكون التغریر من العناوین القصدیة التی یتوقف تحققها علی قصد عنوانها كالتعظیم مثلًا، بل من العناوین المتحققة بنفس الفعل، كعنوان الضرب؛ إذ لا یتوقف تحققه علی قصد عنوانه، فالظاهر حینئذ تحققه و إن كان الغار جاهلًا، و لازمه عدم قصد إیقاعه فی الضرر المترتب علی ذلک الفعل؛ لكونه جاهلًا بالترتب، بل معتقداً بثبوت نفع له مكان الضّرر.

أقول: الظاهر ان صدق الغرور الذی هو بمعنی الخدعة فی صورة الجهل مشكل؛ فإنه كیف تتحقق الخدعة من الجاهل مع فرض جهله؟ فهل یكون الطبیب الحاذق فی المثال المتقدم خادعاً و مدلّساً، و قد عرفت نفی عنوان التدلیس عن الولیّ الجاهل بعیب المرأة فی بعض الروایات المتقدمة الواردة فی عیوبها؟ نعم لا یلزم ان یكون العالم فی مقام إراءَة غیر الواقع و إخفائه، بل یكفی مجرد العلم و السكوت و عدم البیان، و منه یظهر ان دعوی مدخلیة العلم فی معنی الغرور و التدلیس لا ـ تكون مستلزمة لكون هذا العنوان من العناوین القصدیّة؛ فان دخالة العلم فی المعنی أمر، و لزوم قصد العنوان أمر آخر، و علیه یظهر الخلل فی ما افاده المحقق البجنوردی فی هذا المقام فتدبّر.

هذا بالنسبة إلی معنی كلمة «الغرور» المأخوذة فی القاعدة، و أمّا كلمة

القواعد الفقهیة (للفاضل)، ص: ۲۲۶

«یرجع» فظاهرها ان المغرور ایضاً ضامن، و للمضمون له الرجوع الیه سواء كان له الرجوع الی الغارّ ایضاً كما فی مورد تعاقب الأیدی فی العین المغصوبة، أو لم یكن له الرجوع الیه، كما فی مورد المرأة المعیوبة المدلّسة المدخول بها؛ فان الظاهر انه لا ـ یكون لها الرجوع ابتداء الی ولیّها الذی أنكحها، بل لها الرجوع الی الزوج فقط، و علی ایّ حال فیستفاد من هذه الكلمة أمران:

أحدهما: كون المغرور ضامناً یجب علیه تدارک الضرر و الخسارة التی أوقعها بالغیر و الآخر: ان رجوعه الی الغار انّما هو بعد تدارک الضرر، لعدم صدق الرجوع بدونه. هذا كله بالنسبة إلی الكلمات المأخوذة فی القاعدة.

و أمّا بلحاظ الحكم، و هو جواز الرجوع، فالظاهر انه یختلف باختلاف الأمور المتقدمة المذكورة فی مدرک القاعدة و مستندها؛ فإنه ان كان المستند هی الروایة النبویة المعروفة، فإن قلنا بعموم لفظ الغرور لصورة الجهل، فمقتضی عموم الروایة و إطلاقها الشمول لهذه الصّورة أیضاً، فالمغرور یرجع حینئذ إلی الغار مطلقاً، سواء كان عالماً أو جاهلًا، و إن قلنا باختصاص الغرور بخصوص صورة العلم، فلا مجال حینئذ للحكم بجواز الرجوع الی الغار بمقتضی الروایة الواردة، كما لا یخفی.

و إن كان المستند هو الإجماع، فالقدر المتیقن من معقده خصوص صورة العلم، من دون فرق بین القول بعموم لفظ الغرور لصورة جهل الغار و بین القول باختصاصه بصورة العلم؛ و ذلک لأن الإجماع دلیل لبّی یقتصر فی مورده علی القدر المتیقن، خصوصاً مع وجود الخلاف فی صورة الجهل.

القواعد الفقهیة (للفاضل)، ص: ۲۲۷

و إن كـان المسـتند هو بنـاء العقلاـء، فالظـاهر اختصـاص مورده بصورة العلم؛ فـإنهم لاـ يرون الجاهل ضامناً بوجه، كما يظهر من مثال الطبيب الحاذق، بل لا يرون مثله غارّاً و مدلّساً و خادعاً أصلًا.

و إن كان المستند هى الروايات الخاصة الواردة فى موارد مختلفة، التى قد تقدم بعضها مثل ما ورد فى باب تدليس المرأة المعيوبة، و رجوع شاهد الزور عن شهادته، فالظاهر بل المصرح به فى بعضها انّ موردها صورة العلم، و قد صرّح فى رواية «۱» ابى عبيدة المتقدمة بأنه ان لم يكن وليّها عالماً بشىء من ذلك، فلا شىء عليه، و كذا رواية «۲» رفاعة و بعض الروايات الأخرى، و هكذا الروايات الواردة فى شاهـد الكذب؛ فان موردها صورة العلم بالكذب باعتبار لفظ التوبة الواقع فى بعضـها، و باعتبار طرح شـهادتهم و عدم الحكم على طبقها فى ما إذا لم يكن قضـى على وفقها، و كـذا باعتبار الحكم بأنه يضـرب الشاهـدان الحدّ، مع انه لا حدّ فى صورة الجهل، نعم فى مرسلة «۳» ابن محبوب ثبوت الحـدّ، اى: حـدّ القـذف، فى صورة الوهم و عدم التعمّد، و كذا لزوم غرامة الدّية، و لكنها من جهة الحدّ معارضة ببعض الروايات الأخرى الدالة الدالّ على عدم الثبوت، و من جهة غرامة الدية يكون للمورد خصوصية و هى خصوصية القتل؛ إذ تثبت الدّية بسببه فى قتل الخطأ، مع ان مورد هذه الروايات لا يكون من مصاديق قاعدة الغرور، لما عرفت من ان موردها ما إذا كان الرجوع أوّلًا إلى المغرور، غاية الأمر ان المغرور يرجع الى الغار، و مورد هذه الروايات من مصاديق

---

(۱) الوسائل ۱۴: ۵۶۹ ب ۲ من أبواب العيوب و التدليس ح ۱ و ۲.

(۲) الوسائل ۱۴: ۵۶۹ ب ۲ من أبواب العيوب و التدليس ح ۱ و ۲.

(۳) الوسائل ۱۸: ۲۴۰ ب ۱۲ من كتاب الشهادات ح ۱.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۲۲۸

قوة السبب بالنسبة إلى المباشر، إذ يكون الضمان ثابتاً بالنسبة إلى السبب فقط، كما لا يخفى.

و أمّا رواية «۱» جميل بن درّاج المتقدمـة الواردة فى الأمـة المبيعة المسـتحقة للغير، فظاهرها و إن كان هو الإطلاق من جهة علم البائع باسـتحقاق الغير ايّاهـا و جهله، خصوصاً مع كونه سوقيّاً، الّا انه باعتبار كون البائع عالماً بخصوصـيات الأمـة نوعاً لا مجال للاتكال على هذا الإطلاق فتدبّر.

و إن كـان المسـتند هو اقوائيـة السـبب من المباشـر، فالظـاهر انه لاـ فرق بين صورة علم الغارّ و جهله، و يـدلُّ عليه الروايات الواردة فى شهود الزور الدالة على الضمان مع الجهل ايضاً، كما عرفت، نعم قد مرّ منّا المناقشة فى صدق الأقوائية فى صورة الجهل.

ثمّ انه ربما يقال: إنْ الأدلـة الواردة فى باب ضـمان الطبيب تدل على ضـمان الغار و إن كان جاهلًا، و لكنا حققنا فى كتاب الإجارة ان المسـتفاد من مجموع الروايـات الواردة فيه هو ثبوت الضـمان فى ما إذا كان اسـتناد الإتلاف و الإفساد الى الطبيب، و إن لم يتحقق منه المباشـرة، كما فى التطبيب على النحو المتعارف، فإن الإسـناد إلى الطبيب فيه أمر عرفى، نعم لا يتحقق الاسـتناد فى توصـيف الـدواء و مثله، فلا يكون فيه ضـمان كما صـرّح به سيدنا الأستاذ الامام (مد ظله العالى) فى كتاب «۲» الإجارة، و عليه فترتبط مسألة الطبيب ايضاً بمسألة اقوائية السبب من المباشر، و لا ترتبط بالقاعدة.

---

(۱) الوسائل ۱۴: ۵۹۲ ب ۸۸ من أبواب العيوب و التدليس ح ۵.

(۲) تحرير الوسيلة ۱: كتاب الإجارة ۵۸۴.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۲۲۹

المقام الثالث- [فى تحقق الاشتراك فى باب الغرور]

انّه كما يتحقق فى باب اليد الموجبة للضمان التركب و الاشتراك، كما إذا اشتركا فى غصب عين بحيث لو لم يكن اشتراك لما كان يتحقق الغصب، و قد عبّرنا عنه فى قاعدة ضمان اليد باليد المركّبة، كذلك يتحقق الاشتراك فى باب الغرور ايضاً، كما إذا شهدا على مال بأنّه ماله، فأخذه و أتلفه، ثمّ بان انه ملك للغير، و انّ إتلافه إتلاف لمال الغير، فإن شهادة كل واحد جزء سبب فى الغرور، و هو قد تحقق بمجموع الشهادتين؛ ضرورة عدم كفاية شهادة واحدة فى جواز التصرف فى مال، و فى هذه الصّورة يتحقق الاشتراك فى الضمان، و يمكن فرض الاجتماع على ان يكون فعل كل منهما علة تامة فى الغرور، كما لو فرض صدور السبب من كل منهما دفعة، بحيث لو لم يكن أحدهما لكفى الأخر، فيكون كلّ منهما علة مستقلّة بهذا المعنى، و لازم ذلك ايضاً الاشتراك فى الضّمان.

المقام الرّابع- [فى ان قرار الضمان على من تحقق التلف بيده]

ظاهر كلام الفقهاء فى مسألة تعاقب الأيدى فى باب ضمان اليد ان الأيدى و إن كانت كلّها ضامنة، و يجوز للمالك الرجوع الى أيّة واحدة منها شاء، الّا ان قرار الضمان على من تحقق التلف بيده بإتلافه أو بسبب آخر، فاستقرار ضمان الغصب على الغاصب المتلف مثلًا و ظاهر كلماتهم فى هذا المقام، أى: قاعدة الغرور، انّ قرار الضمان على الغارّ، و إن المغرور يرجع اليه، و حينئذ لو فرض غار و مغرور و متلف لم يكن مغروراً، كما إذا أخذ العين المغصوبة من يد المغرور قهراً عليه، ثمّ أتلفها، فإنه يجوز للمالك الرجوع الى كل واحد منهم، فاذا رجع الى المتلف و أخذ المثل أو القيمة منه، فلا يجوز له الرجوع الى واحد من الأوّلين؛ لأن المفروض عدم كونه مغروراً من أحدهما، و كون الثانى مغروراً من قبل الأوّل،

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۲۳۰

لا- يستلزم كون الثالث مغروراً بوجه، بعد فرض أخذ العين من يده قهراً عليه، و دعوى انه لو كان يعلم بان المال لغيره ربما لا يقدم على الأخذ كذلك، مدفوعة بأن مثل ذلك لا- يوجب تحقق الغرور، مع ان لازمه كون الثانى غارّاً بالنسبة الى الثالث، و لا مجال للالتزام به بوجه.

و إذا رجع المالك الى المغرور الذى هو الثانى، فالظاهر انّ له الخيار، فيمكنه له الرجوع الى الغارّ باعتبار قاعدة الغرور، و يجوز له الرجوع الى المتلف؛ لأنه أيضاً يستقر الضّمان عليه.

و إذا رجع المالك الى الغارّ و أخذ المثل أو القيمة فالظاهر، انه لا يجوز له الرجوع الى الآخرين؛ امّا المغرور فواضح، و أمّا المتلف، فلانة لا وجه للرّجوع اليه، و عدم كونه غارّاً بالنسبة إليه لا يوجب جواز الرجوع، و لكنه يحتمل بملاحظة ما ذكرنا فى مسألة ضمان الأيدى المتعاقبة، من انه إذا رجع المالك الى السابق يجوز للسابق الرجوع الى اللاحق، ما لم يكن غارّاً له، و المفروض فى المقام عدم كونه غارّاً بالنسبة إلى اللّاحق المتلف، و مع ذلك فجواز الرجوع فى هذه الصورة محل تأمّل و إشكال.

المقام الخامس- انه لو كان المدرك للقاعدة غير الروايات المتقدمة الواردة فى موارد خاصّة، لكانت القاعدة جارية فى جميع أبواب الفقه

مما له ارتباط بها، خصوصاً باب المعاملات و المعاوضات و الضمانات، و أمّا لو كان المدرك هى الروايات السّابقة، فقد عرفت الإشكال فى استفادة العموم منها لغير مواردها، و إن كان فيها اشعار به، و يستفاد من كلماتهم اجراء القاعدة فى غير تلك الموارد، و لا بأس بالإشارة الى بعض الموارد فنقول

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۲۳۱

منها: ما ذكره الشيخ «۱» الأعظم الأنصارى (قده) فى باب بيع الفضولى من ان المشترى إذا لم يخبره الفضولى بأن هذا مال الغير موهماً انّه ماله، ثمّ تبين للمشترى بعد ذلك انه مال الغير، و أنّ المالك الأصيل أخذ العين من يده و غرّمه أيضاً، بأن أخذ منه اجرة سكنى

الدّار سنين مثلًا و قد يتفق فى بعض الصّور ذهاب العين مع الثمن الذى بذله للبائع الفضولى لهذه الدار مثلًا و هذه الخسارة حصلت له من ناحية البائع الفضولى و تغريره به؛ بعدم ذكره ان المبيع ليس له.

و قد قال: ان رجوع المشترى الى الفضولى فى خساراته التى لم يحصل له نفع فى مقابلها إجماعى؛ للغرور فإن البائع مغرّر للمشترى و موقع إياه فى مخاطر الضمان و متلف عليه ما يغرمه، فهو كشاهد الزور، أى: يضمن كما يضمن شاهد الزّور.

و منها: ما ذكروه فى باب الغصب من انه لو قدم الغاصب طعاماً الى شخص بعنوان ضيافته له، فتبين انه ملك الغير، فالمالك الأصلى إذا رجع الى الآكل نظراً إلى أنه مباشر للإتلاف أو الى وقوع يده على ماله و المفروض كونها يد ضمان، فيجوز للأكل الرجوع الى الغاصب، لقاعدة الغرور بل ذكروا ان الغاصب لو قدم مال المالك اليه بعنوان انه مال الغاصب لا المالك، و كان المالك جاهلًا بذلك، يكون الغاصب ضامناً؛ لهذه القاعدة.

و منها: ما ذكروه فى باب الإجارة من انه لو قال للخياط مثلًا-: ان كان يكفى هذا قباء فاقطعه، فقال: يكفى، و قطعه فلم يكف، فسقط عن

---

(۱) المكاسب ۱۴۶.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۲۳۲

القيمة أو قلّت قيمته، فيرجع صاحب الثوب الى الخياط بما نقص، لانه غرّه، و قال: يكفى.

و منها: ما ذكروه فى باب العارية من انه لو اعاره مال الغير بعنوان انه مال نفسه، ثمّ تبين انه مال الغير، و رجع ذلك الغير الذى هو المالك الى المستعير ببدل ما انتفع من ماله بعنوان العارية، فللمستعير الرجوع الى المعير؛ لانه غرّه.

و منها: غير ذلك من الموارد التى تظهر للمتتبع فى أبواب الفقه.

هذا تمام الكلام فى قاعدة الغرور.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۲۳۳

قاعدة نفى السّبيل

اشارة

و هى ايضاً من القواعد الفقهية المشهورة التى يستند إليها فى مختلف أبواب الفقه فى فروع كثيرة فى باب المعاملات و النكاح و الولايات و الإرث و غيرها على ما سنبيّنه إن شاء اللّه تعالى فى مقام تطبيق القاعدة، و الكلام فيها يقع فى مقامات:

المقام الأوّل- فى مدرک القاعدة و مستندها،

و ما قيل فى هذا المجال أمور:

قاعدة الجبّ

اشارة

و هى ايضاً من القواعد الفقهية التى يستند إليها فى كثير من أبواب الفقه كقضاء الصلاة و الصوم واصل الحجّ و الزكاة و بعض من أبواب الضمانات و باب الحدود و الديات و غيرها، و التكلم فيها أيضاً فى مقامات:

المقام الأوّل– فى مدركها،

و العمدة فى هذا المقام الحديث النبوى المعروف الذى رواه العامّة و الخاصّة و هو قوله (ص): الإسلام يجبّ ما قبله، ففى المحكىّ عن سيرة «۱» ابن هشام فى حكاية إسلام المغيرة بن شعبة، أنه وفد مع جماعة من بنى مالك على المقوقس ملك مصر، فلما رجعوا قتلهم المغيرة فى الطريق، و فرّ إلى المدينة مسلماً، و عرض خمس أموالهم على النبىّ (ص)، فلم يقبله، و قال لا خير فى غدر، فخاف المغيرة

(۱) لم نعثر على ذلك فى المصدر المذكور و لكن عثرتها عليه فى مسند ابن حنبل ۴: ۱۹۹ و ۲۰۴ و ۲۰۵.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۲۵۸

على نفسه و صار يحتمل ما قرب و ما بعد، فقال (ص): الإسلام يجبّ ما قبله.

و حكى مثله ابن سعد فى كتابه «الطبقات «۱» الكبرى» فى قصة إسلام المغيرة.

و فى تفسير على بن إبراهيم «۲» القمى فى تفسير قوله تعالى «۳» وَ قالُوا لَنْ نُؤْمِنَ لَكَ حَتَّى تَفْجُرَ لَنا مِنَ الْأَرْضِ يَنْبُوعاً الى آخر الآية قال: فإنها نزلت فى عبد الله بن أبى أميّة أخى أمّ سلمة (رحمة اللّه عليها) و ذلك انه قال هذا لرسول اللّه (ص) بمكة قبل الهجرة، فلما خرج رسول اللّه (ص) الى فتح مكّة استقبله عبد الله بن أبى أمية فسلّم على رسول اللّه (ص) فلم يرد عليه السلام فاعرض عنه و لم يجبه بشىء، و كانت أخته أمّ سلمة مع رسول اللّه (ص) فدخل إليها و قال: يا أختى ان رسول اللّه (ص) قبل إسلام الناس كلّهم و ردّ علىّ إسلامى، و ليس يقبلنى كما قبل غيرى، فلما دخل رسول اللّه (ص) على أمّ سلمة قالت: بأبى أنت و أمّى يا رسول اللّه سعد بك جميع الناس الّا أخى من بين قريش و العرب، رددت إسلامه و قبلت الناس كلّهم فقال (ص): يا أمّ سلمة انّ أخاك كذّبنى تكذيباً لم يكذبنى أحد من الناس هو الذى قال لى: لن نؤمن لك حتى تفجر لنا من الأرض ينبوعاً، الى آخر الآيات، قالت أمّ سلمة: بأبى أنت و أمّى يا رسول اللّه أ لم تقل ان الإسلام يجبّ ما كان قبله؟ قال (ص): نعم فقبل، رسول اللّه (ص)

(۱) لم نعثر على تلك القصّة فى الكتاب المذكور.

(۲) تفسير القمى ۲: ۲۶.

(۳) سورة الإسراء: ۹۰.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۲۵۹

إسلامه.

و فى السيرة «۱» الحلبيّة ان عثمان لما شفع فى أخيه ابن ابى سرح قال (ص): اما بايعته و آمنته قال بلى، و لكن يذكر ما جرى منه معك من القبيح و يستحى، قال (ص): الإسلام يجبّ ما قبله.

و فى السيرة المذكورة حكى هذا القول عنه (ص) فى إسلام هبار بن اسود.

و روى ذلك فى كتب اللغة أيضاً، ففى مجمع البحرين «۲» رواه هكذا: الإسلام يجبّ ما قبله، و التوبة تجب ما قبلها من الكفر و المعاصى و الذنوب، و فى البحار «۳» نقل ذلك عن علىّ (عليه السلام) إذ روى فى ذكر قضايا أمير المؤمنين (عليه السلام) انه جاء رجل الى عمر بن الخطاب فقال: انى طلقت امرأتى فى الشرك تطليقة و فى الإسلام تطليقتين، فما ترى؟ فسكت عمر فقال له الرجل: ما تقول؟ قال: كما أنت حتى يجىء على بن أبى طالب فجاء علىّ (ع) فقال: قصّ عليه قصتك، فقص عليه القصة، فقال على (ع) هدم الإسلام ما كان قبله، هى عندك على واحدة.

و بالجملة شهرة هذا الحديث و الرواية عن النبى (ص) توجب انجبار ضعف السّند كما صرح به صاحب «۴» الجواهر فى كتاب الزكاة و كذا المحقق

---

(۱) السيرة الحلبية ۳: ۱۰۵.

(۲) مجمع البحرين ۲: ۲۱ مادة جبب.

(۳) البحار ۴۰: ۲۳۰.

(۴) الجواهر ۱۵: ۶۲.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۲۶۰

الهمدانى «۱» (قده) فى ذلك الكتاب أيضاً فى مقام الجواب عن صاحب المدارك؛ لأجل تضعيفه للرواية إذ قال: المناقشة فى سند هذه الرواية المتسالم على العمل بها بين الأصحاب فممّا لا ينبغى الالتفات إليها، و كذا فى دلالتها» بل ذكر صاحب العناوين «۲» انّ هذا الحديث من الأحاديث المسلمة الصدور.

ثمّ انه ربما يستدل لهذه القاعدة أيضاً بقوله تعالى قُلْ لِلَّذِينَ كَفَرُوا إِنْ يَنْتَهُوا يُغْفَرْ لَهُمْ مَا قَدْ سَلَفَ وَ إِنْ يَعُودُوا فَقَدْ مَضَتْ سُنَّتُ الْأَوَّلِينَ «۳»، و صرّح صاحب الجواهر فى كتاب الزكاة بأنّه موافق لقوله (ص) الإسلام يجبّ ما قبله، و يظهر منه ذلك فى كتاب الصوم «۴» ايضاً، و استدل به فى كنز العرفان «۵» على عدم وجوب القضاء، اى قضاء الصلاة على الكافر الأصلى، و استشكل فى شموله للمرتدّ؛ لظهور قوله تعالى لِلَّذِينَ كَفَرُوا فى الكافر الأصلى.

و حكى عن بعض مفسرى المتأخرين من العامة انه ذكر فى ذيل هذه الآية ما رواه «۶» مسلم فى صحيحه عن عمرو بن العاص انه قال بعد كلام طويل: لما جعل اللّه الإسلام فى قلبى أتيت النبى (ص) و قلت ابسط يمينك

---

(۱) مصباح الفقيه كتاب الزكاة: ۱۷.

(۲) العناوين: ۳۳۷.

(۳) سورة الأنفال آية: ۳۸.

(۴) الجواهر ۱۷: ۲۱۰.

(۵) كنز العرفان ۱: ۱۶۶.

(۶) صحيح مسلم ۱: ۱۹۲.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۲۶۱

لأبايعك، فبسط يمينه، قال: فقبضت يدى، قال: مالك يا عمرو؟ قال: قلت: أردت ان اشترط. قال: تشرط بما ذا؟ قلت ان يغفر لى، قال: اما علمت ان الإسلام يهدم ما قبله، و إن الهجرة تهدم ما قبلها، و إن الحج يهدم ما كان قبله؟ فيظهر منه انه جعل الرواية موافقة للآية فى المفاد و الدلالة.

و لكن الظاهر بلحاظ التعبير بالغفران فى الآية انحصار مفادها بالمعاصى العملية و المخالفة الاعتقادية فى الفروع و الأصول، و لازمه عدم ترتب اثر عليها، فلا يترتب عليها الحدود و الديات التى موضوعها المعصية، و أمّا دلالتها على عدم وجوب قضاء ما فات من عباداته مثل الصلاة و الصوم و غيرهما، و على سقوط الزكاة بالإسلام و إن كان النصاب موجوداً و أمثالهما، فغير ظاهرة، و لعلّه لأجل ذلك لم يستدل بها للقاعدة كثير من الأصحاب رضوان اللّه تعالى عليهم أجمعين.

و مما يدل على هذه القاعدة سيرة النبىّ (ص) و معاملته لمن أسلم من الكفّار، إذ انه لم يكلف أحداً بقضاء العبادات التى فاتت منه فى

حال كفره، و لا بأداء الزكاة مع ان العين الزكويـة كانت موجودة عندهم و لم يطلب منهم زكاة السـنين التى كانوا فيها على الكفر. نعم لو كان حلول الحول بعد إسـلامه فلا يسـقط، و يجب عليه؛ لتعلق التكليف بعد الإسلام به، فالسيرة مع قطع النظر عن الرواية أيضاً دليل على القاعدة.

المقام الثانى– فى مفاد القاعدة و مدلول الحديث،

فنقول: لاـ خفاء فى ان الحـديث وارد فى مقام الامتنان على من أسـلم و التحريض و الترغيب بقبول الإسـلام، و إن قبوله يمنع عن بقاء آثار ما فعل أو قال أو اعتقد، و فى الحقيقة تسهيل لطريق قبول الإسلام و تشويق الى ما يترتب على قبوله من

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۲۶۲

الآثار و البركات، و يظهر ذلك من ملاحظة الموارد المتقدمة التى ورد الحديث فيها كقصة إسلام المغيرة و هبار و عمرو بن العاص و عبـد الله بن أبى أميّة، و شـفاعة عثمان فى أخيه من الرّضاعـة، و بالجملة هذه العبارة حاكية عن منّة الإسـلام و تفضّله على من يقبله و يتشـرّف به، خصوصاً بعد كثرة المعاصـى العملية و الاعتقادات السـخيفة فى الجاهلية من الشـرك فى العبادة، و قتل النفس، و ارتكاب الفجور و المعاصى، من الزنا و اللّواط و السرقة و شرب الخمر و غيرها.

و بعد ذلك نقول: ان مفاد الحديث ان كل فعل أو قول أو تركهما، أو اعتقاد إذا كان يترتب عليه فى الإسلام ضرر أو عقوبة، فالإسلام يوجب عدم ترتب ذلك الضرر أو العقوبة، و ينظر بذلك بنظر العدم و يجعله كأنه لم يتحقق و لم يصدر، لكن فى ما إذا كان الضرر و العقوبة ثابتاً فى الإسـلام فقط، بمعنى انه لو كان مسـلماً و يصدر منه ذلك العمل لكان يترتب عليه الضـرر أو العقوبة، و لكنه لا يكون فى الكفر محكوماً بهـذا الحكم، فالإسـلام يجبّ و يقطع و يهـدم مـا قبله و يجعله كـأنه لم يصـدر أصـلا، فإذا تحقق منه الزنا فى حال الكفر فبما انه لا يكون الزنا فى الكفر محكوماً بترتب الحـدّ عليه، فالإسـلام يهـدمه و يجعله كأنه لم يتحقّق، و هكذا، و كذلك الترك الصـادر منه فى حال الكفر إذا ترتب عليه أثر فى الإسـلام كالقضاء و الكفارة، لا يترتب عليه الأثر بعـد الإسـلام، فلا يترتب على ترك الصـلاة قضـاء، و إن كان الكافر مكلّفاً بها فى حال الكفر بناء على ان الكفار مكلفون بالفروع ايضاً و كـذا لا يترتب على ترك الصوم قضاء و لا كفارة، هذا إجمال معنى الرواية، و أمّا التفصيل بلحاظ المسائل الواقعة من الكافر فى حال الكفر

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۲۶۳

فنقول:

منها: الشـرك و الكفر الواقع من الكافر، و لا ريب فى ان الإسـلام يجبّه و يفرضه كالعـدم فلا يترتب عليه العذاب الأخروى، فإذا أسـلم ثمّ مات بلا فصل، فكأنّه لم يتحقق منه الشـرك الـذى هو ظلم عظيم و الكفر فى مدّة حياته أصـلًا، بل يلقى الله مسـلماً طاهراً و إن كان زمان إسلامه بالنسبة إلى زمان كفره فى غاية القلّة.

و منها: المحرمات الشـرعية و المعاصـى التى رتب عليها الحدّ أو التعزير، كالأمثلة المتقدمة؛ فإنه لا يترتب عليها بعد إسـلامه، و لو زنى فى السابق ألف مرّة أو سرق كذلك.

و منها: العبادات و الحقوق المختصـة باللّه تعالى مع عـدم اعتقادهم بها فى حال الكفر، كالصـلاة و الصـيام بل الحـجّ، فتركها لا يترتب عليه بعـد الإسـلام شـىء من القضـاء و الكفـارة، حتى الحـج فى مـا إذا كان مسـتطيعاً حال كفره و اسـتقر عليه و لم يأت به، فصار غير مستطيع ثمّ أسـلم، نعم لو كانت الاسـتطاعة باقيـة بعـد الإسـلام فالظاهر هو الوجوب؛ لتوجهه اليه بعـده، و قد اسـتدل جمع من الفقهاء لسـقوط القضـاء بهـذه القاعـدة، بل يظهر من صاحب العناوين ان هـذا القسم واضـح الـدخول تحت الخبر، و قـد عرفت جريان السـيرة النبوية القطعية على عدم تكليف أحد من الكفار الذين أسلموا بقضاء ما فات منه من الصلاة و الصيام و غيرهما.

و منها: حقوق اللّه مع اعتقادهم باشـتغال الذمـة بها فى كفرهم، كما لو كان فى دينهم مثلًا ان قتل الخطأ يجب فيه عتق رقبة، فتحقق منه

القتل كذلك، ثمّ أسلم، فهل الإسلام يجبّ ذلك ايضاً؟ الظاهر هو الجبّ

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۲۶۴

و عدم وجوب عتق الرّقبة عليه، و دعوى ان الإسلام يجب ما يلزم الإنسان من جهة الإسلام، فإذا أسلم الكافر فالشىء الذى اشتغلت ذمته به من جهة دين الإسلام فهو يسقط عنه، لا ما اشتغلت ذمّته به بسبب آخر، مدفوعة بأن اشتغال ذمته به بعد الإسلام لا بد و إن يكون مستنداً الى ما كان عليه من الكفر، و المفروض انه رجع عنه و اعتقد خلافه الذى هو الإسلام، و مجرد اعتقاده فى السابق لا يوجب ثبوته. نعم مقتضى ما ذكرنا فى معنى الحديث إجمالًا عدم السقوط هنا، لأنا ذكرنا ان مفاد القاعدة سقوط الآثار المترتبة فى الإسلام فقط، و لم تكن تلك الآثار ثابتة فى حال الكفر، و أمّا مع ثبوتها فى حال الكفر ايضاً، فالحديث لا يدل على سقوطها كما لا يخفى.

و منها: حقوق الله المشتركة بين اللّه و بين المخلوقين كالزكاة و الخمس، و الظاهر شمول الحديث لها، و قال فى الجواهر «۱» فى باب الزكاة: و منه يستفاد ما صرّح به جماعة من سقوطها بالإسلام، و إن كان النصاب موجوداً، لأن الإسلام يجبّ ما قبله المنجبر سنداً و دلالة بعمل الأصحاب، الى ان قال: بل يمكن القطع به بملاحظة معلومية عدم أمر النبى (ص) لأحد ممن تجدد إسلامه من أهل البادية و غيرهم بزكاة إبلهم فى السنين الماضية، بل ربما كان ذلك منفراً لهم عن الإسلام، كما انه لو كان شىء منه لضاع و شاع، ثمّ قال: فمن الغريب ما فى المدارك من التوقف فى هذا الحكم؛ لضعف الخبر المزبور سنداً و متناً.

و قد عرفت ان الاشكال فى الحديث من جهة السند ممّا لا مجال له

---

(۱) الجواهر ۱۵: ۶۲.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۲۶۵

أصلًا، و أمّا من جهة الدلالة فلا وجه له؛ لظهور شموله لهذه الموارد، و الإشكال فيها من جهات أخرى سيأتى البحث عنه فانتظر.

نعم استشكل فى السقوط فى هذه الحقوق تارة من جهة ما عرفت من مجمع البحرين «۱» من العطف على الحديث بقوله: و التوبة تجب ما قبلها من الكفر و المعاصى و الذنوب؛ نظراً الى اتحاد السياق، و ذكر الكفر فى عداد المعاصى و الذنوب مع ان التوبة لا اثر لها إلّا بالنسبة إلى العقوبة، فجبّ الإسلام أيضاً يكون بهذه الملاحظة فقط، و أخرى من جهة أن الحديث انّما هو فى مقام الامتنان كحديث الرفع و دليل نفى العسر و الحرج، و هو انما يتم إذا لم يعارض بالامتنان فى مورد آخر، و فى المقام يكون الامتنان على الكافر بإسقاط الزكاة عنه معارضاً لحق مستحقّى الزكاة من الأصناف الثمانية المذكورة فى الكتاب، و ثالثة بان البعث سبب الى العمل المبعوث اليه، فاذا كان العمل المبعوث اليه مقيّداً بالإسلام، و كان الإسلام مسقطاً للتكليف يلزم عليّة الشىء لعدم نفسه، و هو مستحيل.

و الجواب: ان عطف التوبة لا يقتضى الاتّحاد بعد كونهما حكمين مستقلين، خصوصاً بعد ملاحظة الموارد المتقدمة التى ورد فيها الحديث و الامتنان فى المقام، إذ انّه يرجع الى أساس الإسلام فى مقابل الكفر و إلى التحريض و الترغيب فى رفع اليد عن الكفر، فلا يقاس بالامتنان الذى يتضمنه جعل الزكاة للأصناف الثمانية خروجاً عن الفقر و المسكنة و غيرهما، مع انه ليس بالنسبة الى كل واحد من الأصناف امتناناً، فان الْعامِلِينَ عَلَيْها انّما يأخذون أجرة عملهم، و لو لا الزكاة لكانوا يعملون فى بعض الأمور

---

(۱) مجمع البحرين ۲: ۲۱، مادة جبب.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۲۶۶

الأخرى، فالإشكال من هذه الجهة مندفع.

و أمّا الاستحالة فربما يجاب عنها بان مقتضى الحديث ان الإسلام يكون علّة لإثبات التكاليف عليه فى المستقبل فقط لا بالنسبة الى

الماضی.

و مرجع هذا الجواب الی ان ما اشتهر من کون الکفار مکلفین بالفروع کالأصول، انّما هو بالنسبهٔ إلی الکافر الذی بقی علی کفره الی آخر عمره، و أمّا الکافر الذی أسلم فلا یکون مکلّفاً بالفروع فی زمن کفره، و هذا فی غایهٔ الضعف و الوهن؛ فإنه لا دلالهٔ لحدیث الجبّ علی ذلک بوجه، بل مفاده ان الکافر و إن کان مکلّفاً، الّا ان الإسلام رفع الید عمّا سبق و جعله کالعدم، فالتکلیف کان ثابتاً، و لکنه رفع عنه بعد الإسلام، کحدیث الرفع بالنسبهٔ إلی الأمور المذکورهٔ فیه.

و الحقّ فی الجواب ان یقال: مضافاً الی النقض بالصلاهٔ و الصیام و الحجّ، فان ترکها مجبوب بالإسلام، مع انّها لا تصح فی حال الکفر؛ لمدخلیهٔ الإسلام فی صحّتها، ان هذه الاستحالهٔ انما تتحقق إذا کان الخطاب متوجّها الی خصوص الکفار، کالخطاب المتوجه الی العاجز، و أمّا لو کان الخطاب متوجّها الی العموم من دون فرق بین المسلم و الکافر، فلا تکون صحهٔ هذا الخطاب متوقفهٔ علی صحته بالنسبهٔ الی کل واحد من المخاطبین، أ لا تری انه یصحّ الخطاب إلی جماعهٔ بخطاب واحد ان یعملوا عملًا و لو مع العلم بعدم قدرهٔ بعضهم علی إیجاد العمل؟ نعم لو کان الجمیع أو الأکثر غیر قادرین، لما صحّ الخطاب و أمّا مع عجز البعض فلا مانع منه، مع انه لو انحلّ الخطاب الواحد الی خطابات متعددهٔ لما صحّ؛ لاستحالهٔ بعث العاجز مع العلم بعجزه المقام ایضاً کذلک؛ فان قوله تعالی أَقِیمُوا الصَّلٰاهَ وَ آتُوا

القواعد الفقهیهٔ (للفاضل)، ص: ۲۶۷

الزَّکٰاهَ* عام یشمل المسلم و الکافر، و لا ینحل الی خطاب خاص بالکافر حتی یقال بالاستحالهٔ؛ نظراً الی علیّهٔ الشیء لعدم نفسه، فالکافر ما دام کافراً یکون مکلّفاً بالعبادات المذکورهٔ، و من شرائط صحتها الإسلام، و بعد الإسلام لا یجب علیه إتیان ما فات فی حال الکفر، فتدبر جیّداً.

و منها: الحقوق المختصهٔ بالمخلوقین مع اعتقادهم بثبوتها فی أدیانهم، کالدین و ضمان المغصوب و ضمان الإتلاف و نحو ذلک، و الظاهر انه لا دلالهٔ للحدیث علی سقوطها؛ لما ذکرنا من ان مفاده سقوط الآثار المترتبهٔ فی الإسلام فقط، و أمّا الآثار الثابتهٔ فی حال الکفر ایضاً بمقتضی الدین أو بمقتضی حکم العقل و قضاء ضرورته، فلا دلالهٔ للحدیث علی سقوطها، و الحقوق المذکورهٔ من هذا القبیل، فیلزم علی الکافر الذی تجدد إسلامه أداء دیونه و الخروج عن عهدهٔ الغصب و الإتلاف و نحوها، و ظاهر الأصحاب أیضاً عدم السقوط.

و منها: الحقوق المختصهٔ بالمخلوقین مع عدم اعتقادهم بثبوتها فی أدیانهم، کما لو لم یعتقدوا ان قتل العمد فیه القصاص، أو ان قتل الخطأ فیه الدیهٔ علی العاقلهٔ، فإذا أسلم الکافر و قد ارتکب القتل عمداً أو خطأً فهل یسقط القصاص أو الدیهٔ عنه فی الإسلام أم لا؟ ظاهر کلمات الأصحاب عدم السقوط؛ لإطلاقهم ان حقّ المخلوق لا یسقط، و لکن الظاهر بمقتضی ما ذکرنا فی مفاد الحدیث إجمالًا هو السقوط؛ لانّ المفروض ثبوت القصاص مثلًا فی الإسلام، و لم یکن له سابقهٔ فی سائر الأدیان، و لیس ثبوته بمقتضی حکم العقل و العقلاء، و قوله «۱» تعالی وَ لَکُمْ فِی الْقِصٰاصِ

---

(۱) سورهٔ البقرهٔ الآیهٔ: ۱۷۹.

القواعد الفقهیهٔ (للفاضل)، ص: ۲۶۸

حَیٰاهٌ یٰا أُولِی الْأَلْبٰابِ یشعر بعدم خضوع اولی الألباب فی أنفسهم لهذا الحکم الإلهی بل یحتاج إلی إرشاد اللّه تبارک و تعالی، خلافاً لما یحکم به العقل البدوی من کون القصاص ضمّ موت الی موت آخر، و إعدام زائد علی إعدام آخر، و علیه فمقتضی قوله (ص): الإسلام یجبّ ما قبله «۱»، هو السقوط، خصوصاً فی مسألهٔ ثبوت الدیهٔ علی العاقلهٔ، الذی لا یتطرق الیه العقل بوجه.

نعم هنا اشکال و هو ان الظاهر ثبوت القصاص فی النفس فی الأدیان السّابقهٔ أیضاً، دون القصاص فی ما دون النفس؛ فإنه ثابت فی

الإسلام و من أحكامه، و مقتضى ما ذكرنا فى معنى الحديث عدم جبّ الإسلام ما كان ثابتاً فيه و فى الأديان السابقة، بل يختص الجبّ بخصوص ما ثبت فى الإسلام من الآثار و الأحكام، فاللازم حينئذ عدم رفع الإسلام للقصاص الذى هو من حقوق المخلوقين و كان ثابتاً عند الكافر و على حسب اعتقاده ايضاً، مع ان الظاهر انه (ص) لم يحكم بقصاص من أسلم من الكفّار القاتلين، بل يظهر من قصة إسلام المغيرة بن شعبة المحكية فى سيرة ابن «۲» هشام المتقدمة عدم حكمه (ص) بقصاصه مع انه غدر بأصحابه و قتلهم و فرّ إلى المدينة، و دعوى ان عدم الحكم بالقصاص لا يكون مستنداً إلى قاعدة الجب بل مستند الى قوله (ص): كل دم كان فى الجاهلية فهو تحت قدمى هاتين، مدفوعة باستناد النبى (ص): فى قصة المغيرة الى انّ الإسلام يجبّ ما قبله، و هو ظاهر فى دلالة القاعدة على سقوط القصاص ايضاً.

---

(۱) مسند ابن حنبل ۴: ۱۹۹ و ۲۰۴ و ۲۰۵.

(۲) لم نعثر على تلك القصّة.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۲۶۹

و اللازم ان يقال بعدم دلالة الحديث على سقوط القصاص كما ذكرنا فى معناه، و قصة المغيرة لا تكون معتبرة بجميع خصوصياتها، بل حكايتها انما هى للاشتمال على القاعدة، و بعبارة اخرى: حجيتها بالنسبة إلى القاعدة المذكورة فيها لا تستلزم حجيتها بالنسبة الى جميع الخصوصيات الواقعة فيها، التى منها القتل الموجب للقصاص، كما لا يخفى.

فالحق ان سقوط القصاص كان مستنداً إلى أمر آخر، من دون فرق بين القتل الواقع فى القضايا الشخصية و الموارد الجزئية، و بين القتل الواقع فى الغزوات الواقعة بين المسلمين و الكفار، إذ لم ينقل الحكم بالقصاص فى شىء منها، بل المعلوم من عمل النبى (ص) و سيرته الخلاف كما لا يخفى على من رجع الى التاريخ.

و منها: العقود و الإيقاعات كالبيع و النكاح و الطلاق الصادر من الكافر حال كفره، فاذا باع داره فى تلك الحال ببيع فاقد لبعض شرائط الصحة فى الإسلام، كما لو فرض انه باعه بثمن مجهول أو تزوج بنكاح كذلك، أو طلّق زوجته بطلاق كذلك، كما إذا كان فاقداً لشرط حضور العدلين مثلًا فمقتضى إطلاق القاعدة تمامية تلك العقود و الإيقاعات، لكون الشرائط من خصائص الإسلام، فلا يبطل بيعه و لا نكاحه و لا طلاقه، و ما مرّ فى قضايا أمير المؤمنين (ع) من عدم الاعتبار بالتطليقة الواحدة الواقعة فى حال الشرك، فهو ليس بمعنى بطلان ذلك الطلاق بالمرة، بل بمعنى عدم عدّه من الطلقات الثلاث المؤثرة فى الحرمة و الافتقار الى المحلّل، و عدم كونه جزء للسّبب من هذه الجهة.

ثمّ ان معنى صحّة النكاح الواقع منه فى حال كفره لا يرجع الى

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۲۷۰

صحته و لو بالنسبة الى ما يمكن رعايته بقاء فى حال الإسلام أيضاً، فإذا أسلم المجوسى و قد نكح امّه أو أخته أو بنته، فمعنى القاعدة يرجع الى ملاحظة هذا النكاح بالنسبة الى ما مضى كالعدم، و أمّا بقاء فلا مجال لتوهم اقتضاء القاعدة صحة النكاح، و كون المجوسى المسلم باقياً على نكاح إحدى محارمه، كما انه إذا أسلم الزوج الكافر دون زوجته و قلنا بعدم صحة هذا النكاح بقاء ايضاً، لا يكون مفاد القاعدة الصحة و لو بحسب البقاء كما لا يخفى.

و منها: الأسباب الواقعة فى حال الكفر كأسباب الوضوء و الغسل و أسباب الغسل بالفتح و أسباب تحريم النكاح من رضاع أو مصاهرة أو وطى فى عدّة أو لذات بعل أو لواط بالنسبة إلى أمّ الموطوء و بنته و أخته و تطليقات موجبة للتحريم حتى تنكح زوجاً غيره أو للتحريم المؤبد كما لو كانت الطلقات تسعاً فهل مقتضى القاعدة الجبّ فى الجميع، أو انّها لا تقتضى الجبّ فى شىء منها، أو اللازم هو التفصيل؟ وجوه و احتمالات.

امّا الوجه الأوّل فيبتنى على إطلاق القاعـدة، خصوصاً مع ملاحظة انّ القاعدة كما عرفت انّما هى لطف و منّة، و الغرض منها التحريض و الترغيب بقبول الإسـلام و رفع اليـد عن الكفر، و هـذا الغرض موجود فى هـذا المقـام، مع ان الشارع إذا أسـقط الزكاة و الخمس مع ثبوت حق الفقراء و السّادة ترغيباً و تشويقاً إلى الإسلام، فإسقاط هذه الأسباب عن السببية يكون بطريق اولى، و مع ان رواية البحار «۱» المتقدمة قد دلّت على عدم كون التطليقة الواحدة الواقعة فى حال الشرك جزء سبب للتحريم حتى تنكح

(۱) البحار ۴۰: ۲۳۰.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۲۷۱

زوجاً غيره، و للتحريم المؤبّد، و لا فرق بينها و بين سائر الأسـباب خصوصاً مع ذكر القاعـدة الكلية قبل الحكم بعدم اعتبار التطليقة فى حال الشرك، فمن هذه الرواية يستفاد إسقاط جميع الأسباب عن السببيّة.

و أمّا الوجه الثانى فيبتنى على عـدم ثبوت إطلاق معتـد به لهـذه القاعـدة، و لم يعلم العمل بها فى هذه الموارد، بل هذه الموارد تكون كالحقوق المختصة بالمخلوقين كالديون و ضـمان الغصب و الإتلاف و أشـباهها، و رواية البحار ضـعيفة غير مجبورة حتى بالنسبة إلى صـدور القاعـدة من أمير المؤمنين (عليه السـلام)، فلاـ مجـال للاعتمـاد عليها، فيبقى الحكم فى هـذه الموارد على طبق القاعـدة الأوّلية المقتضية لتأثير هذه الأسباب فى مسبّباتها و ترتب أحكامها عليها، كما لا يخفى.

و أمّا التفصيل فيظهر من المحقق البجنوردى (قـده) فى قواعـده «۱» الفقهيـة؛ إذ اختار فى مثل الوطى فى العـدة أو لـذات البعل و كذا اللواط عـدم كونه سـبباً لتحقق التحريم لجريان القاعـدة فيه، و فى مسألـة الأحـداث الموجبـة للغسل أو الوضوء أو التيمم عدم جريانها، نظراً الى ان الشـارع جعـل الطهـارة شـرطاً لأشـياء كالصـلاة و الطواف و مسّ المصـحف مثلًا و لأن تلك الاحـداث لا ترتفع آثارها إلّا بإحدى الطهارات الثلاث، فبعد إسلامه إذا أراد إيجاد ما هو مشروط بالطهارة، لا بد و إن يتطهر من ذلك الحدث، لعدم إمكان امتثال مـا هو مشـروط بالطهـارة بـدونها، و لا وجه لإجراء القاعـدة هنا؛ لانه لا اثر لها لإثبات الشـرط، كما ان الرضاع الحاصل فى حال الكفر يوجب حصول أحد العناوين المحرّمة كالامومة و البنتية و الأختيّة، و مع

(۱) القواعد الفقهية ۱: ۴۴ و ۴۵.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۲۷۲

حصول أحد هذه العناوين لا يمكن ان يكون إسلامه رافعاً للحرمة عن أخته الرّضاعيّة مثلًا و كما انه لم يتوهم أحد ان هذه العناوين إذا حصـلت فى حال الكفر عن النسب فاسـلامه لا يوجب التحريم فكذلك الرضاع و السـرّ، ان هذه العناوين إضافات تكوينية، قد تحصل بواسـطة الولاـدة، و قـد تحصـل بواسـطة الرضـاع، و قـد جعلها الشارع موضوعاً لحرمـة نكاحهن، و إذا وجـد الموضوع و احرز وجوده وجداناً أو تعبداً يترتب عليه الحكم قهراً.

و نقول: أمّا مسألـة الأحـداث، فيظهر من كثير من الفقهاء عدم ارتفاع آثارها بالإسـلام، قال الشـيخ فى محكيّ الخلاف «۱»: «الكافر إذا تطهر أو اغتسـل عن جنابـة ثمّ أسـلم لم يعتـد بهمـا، و به قـال الشـافعى، و قـال أبو حنيفـة: انه يعتـد بهمـا، دليلنـا مـا بيّنـاه من ان هاتين الطهارتين تحتاجان إلى نيّـة القربـة، و الكافر لا يصح منه نية القربة فى حال كفره؛ لانه غير عارف باللّه تعالى، فوجب ان لا يجزيه» فان التعبير بعدم الاعتداد فى الصدر، و بعدم الاجزاء فى الذيل، يدل على لزوم الوضوء و الغسل عليه بعد الإسلام، كما ان مراده بالتطهر فى الصدر هو الوضوء بقرينة اعتبار قصد القربة فيه.

و قال الشـهيد الثانى فى «المسالك» فى باب غسل الجنابة: «انه يمكن ان يقال على هذا يحكم عند الإسـلام بسقوط وجوب الغسل عنه ان كـان فى غير عبـادة مشـروطة به؛ لان الوجوب من باب خطاب وضع الشـرع، ثمّ إذا دخل وقتها أو كان حاصـلًا وقت الإسـلام حكم

عليه بوجوب الغسل، اعمالًا للسبب المتقدم، كما لو أجنب الصبىّ بالجماع، فإنه يجب عليه الغسل

---

(۱) الخلاف ۱: ۲۷ و ۷۰.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۲۷۳

بعد البلوغ فى وقت العبادة» «۱».

و قال فى مفتاح «۲» الكرامة فى البحث عن سقوط قضاء الصلاة عن الكافر: «و استثنى المحقق الثانى فى حاشيته حكم الحدث كالجنابة و حقوق الآدميين قال: و المعلوم ان الذى يسقط ما خرج وقته، و كذلك الشهيد الثانى، و فى الذخيرة: ان ذلك محلّ وفاق: و كذا مجمع البرهان، قال: ان حقوق الآدميين مستثنى بالإجماع».

و قال صاحب الجواهر «۳» فى كتاب الطهارة: «فإذا أسلم وجب عليه الغسل عندنا بلا خلاف أجده، و يصح منه لموافقته للشرائط جميعها؛ إذ الظاهر ان المراد بكونه يجبّ ما قبله انّما هو بالنسبة إلى الخطابات التكليفية البحتة، لا فيما كان الخطاب فيه وضعيّاً كما فيما نحن فيه، فان كونه جنباً يحصل بأسبابه، فيلحقه الوصف و إن أسلم».

و قال صاحب مصباح الفقيه «۴»: «لا ينبغى الاحتياط فى وجوب الغسل عليه بعد ان أسلم، و إن لم نقل بكونه مكلّفاً به حال كفره؛ إذ غايته ان يكون كالنائم و المغمى عليه و غيرهما ممن لا يكون مكلّفاً حين حدوث سبب الجنابة، و لكنه يندرج فى موضوع الخطاب بعد اجتماع شرائط التكليف، فيعمه قوله «۵» تعالى وَ إِنْ كُنْتُمْ جُنُباً فَاطَّهَّرُوا و قوله (ع): إذا

---

(۱) المسالك ۱: ۸.

(۲) مفتاح الكرامة ۳: ۳۸۱.

(۳) الجواهر ۳: ۴۰.

(۴) مصباح الفقيه مبحث الغسل.

(۵) سورة المائدة: ۶.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۲۷۴

دخل الوقت وجب الصلاة و الطهور، و لا ينافى ذلك ما ورد من ان الإسلام يجبّ ما قبله؛ لان وجوب الغسل لصلاته بعد ان أسلم من الأمور اللّاحقة فلا يجبّه الإسلام، و حدوث سببه قبله لا يجدى؛ لأن الإسلام يجعل الافعال و التروك الصادرة منه فى زمان كفره فى معصية الله تعالى كأن لم تكن، لا ان الأشياء الصادرة منه حال كفره ترتفع آثارها الوضعية، خصوصاً إذا لم يكن صدورها على وجه غير محرّم، كما لو بال أو احتلم، فإنه كما لا ترتفع نجاسة ثوبه و بدنه المتلوث بهما بسبب الإسلام، كذلك لا ترتفع الحالة المانعة من الصلاة الحادثة بسببهما، و كيف كان فلا مجال لتوهم ارتفاع الحدث بالإسلام، كما لا يتوهم ذلك بالنسبة إلى التوبة التى روى فيها ايضاً انها تجب ما قبلها».

و هذه العبارات و إن اشتركت فى عدم سقوط الغسل بالإسلام، الّا انّها مختلفة فى بيان وجهه، فيظهر من بعضها ان عدم السقوط انّما هو بنحو الاستثناء من القاعدة، كعدم سقوط حقوق الآدميين، و من بعضها الآخر ان عدم السقوط لأجل عدم شمول القاعدة للآثار و الأحكام الوضعية، و بعضها غير متعرض للدّليل.

أقول: امّا الاستثناء، فلا- بد له من دليل، و لا مجال للأخذ به بدونه، و الظاهر عدم وجود الإجماع الذى له أصالة عليه، و إن ادعى صاحب الجواهر عدم وجدان الخلاف فيه؛ لانّ حكمه بعده بعدم شمول دليل القاعدة للأحكام الوضعية ظاهر فى ان الدليل هو قصور دليل القاعدة، لا الإجماع.

و أمّا عدم شمول القاعدة للأحكام الوضعيّة، فيردّه ان لازم ذلك بطلان العقود و الإيقاعات الصادرة من الكافر إذا لم تكن واجدة لجميع

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۲۷۵

الشرائط المعتبرة فى الإسلام، مع ان مقتضاها جعل السببية لها و الحكم بترتب الآثار التى هى أحكام وضعية كالملكية و الزوجية و الفراق و أشباهها، كما ان لازم ذلك ترتب الحدّ أو التعزير على ما صدر منه فى حال الكفر، لان شرب الخمر مثلًا سبب لوجوب حدّه، و هكذا سائر الموجبات للحدّ أو التعزير، فلا مجال للمناقشة فى عموم القاعدة للأحكام الوضعيّة.

نعم يمكن الاستدلال على وجوب الغسل أو الوضوء على الكافر امّا من طريق ما مرّت الإشارة إليه فى كلام بعض الأجلّة، و هو ان المستفاد من آية الوضوء و الغسل و التيمم ان هذه الأمور شروط يجب تحصيلها، فمعنى قوله تعالى إِذا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلاةِ فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ الى آخر الآية، انه عند إرادة الصلاة لا بد من الوضوء أو مثله، و إن لم يعلم بكونه محدثا و لم يثبت ذلك و لو ظاهراً، كما فى مورد تعارض استصحابى الطهارة و الحدث، فإنه لا بد له من تحصيل الطهارة؛ إحرازاً للشرط، و كما فى المريض الذى ليس له بول و لا غائط بل يقىء كلّما يأكل، و الكافر ايضاً من هذا القبيل؛ فإنه يجب عليه تحصيل الطهارة بمعنى الوضوء أو الغسل أو التيمم للعبادات المشروطة بها، و إن لم نقل بسببيّة ما وقع منه فى حال الكفر لحدوث الحدث، و بعبارة اخرى: الطهارة شرط، لا انّ الحدث مانع، و يؤيده التعبير عن مثل البول و الغائط بالناقض الذى مرجعه الى رفع ما يكون شرطاً، لا إيجاد ما يكون مانعاً، و عليه فلا يرتبط بالقاعدة ايضاً.

و أمّا ما يشعر به كلام الشهيد الثانى (قده) المتقدم من ان السّبب لا يكون مؤثراً فى المسبب ما دام كافراً، فاذا زال الكفر باختيار الإسلام فالسبب السابق يؤثر فى مسببه فعلًا، فان الكافر الذى بال أو أجنب يكون

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۲۷۶

بعد الإسلام محدثاً بالحدث الأصغر أو الأكبر، و مثله يجرى فى باب الرضاع أيضاً، بأن يقال: الرضاع الواقع فى حال الكفر لا يترتب عليه اثر ما دام الكفر باقياً، فاذا زال الكفر و أسلم يترتب عليه الأثر، فإذا نكح أخته من الرّضاعة فهذا النكاح لا يترتب عليه اثر و عقوبة ما دام كافراً، و بعد زواله يترتب عليه آثاره.

و لا يتوهم ان ذلك يوجب الالتزام بعدم اشتراك الكفار مع المسلمين فى الاحكام؛ لان ما ذكرنا انّما هو بالنسبة إلى الكافر الذى أسلم بلسان الجبّ و القطع و الرفع، و أمّا الكافر الذى بقى على كفره، فهو يشترك مع المسلم فى جميع أحكام الإسلام أعم من التكليفية و الوضعية، فالحكم بعدم تأثير بوله فى الحدث الأصغر انّما هو بلحاظ القاعدة فى خصوص زمان الكفر ايضاً، و هكذا الرّضاع.

و أمّا ما افاده المحقق البجنوردى «۱» فى باب الرّضاع من ان عناوين الأمومة و الأختية و البنتية عناوين تكوينية و لا يمكن ان يكون الحديث رافعاً لها، فلم نعرف له وجهاً؛ فإنه يرد عليه أوّلًا: ان تحقق هذه العناوين انّما هو بمعونة التعبد بأن الرضاع لحمة كلحمة النسب؛ ضرورة انه لو لم يكن هذا التعبد لما تحققت هذه العناوين أصلًا.

و ثانياً: ان كون العناوين تكوينية لا ينافى جريان القاعدة لوضوح كون الأحكام المترتبة عليها شرعية تعبدية، و جريان القاعدة انّما هو بلحاظ تلك الاحكام لا بلحاظ العناوين، و قد عرفت فى المجوسى الذى أسلم و قد نكح امّه فى زمان الكفر، ان القاعدة تجرى بالنسبة الى الماضى،

---

(۱) القواعد الفقهية ۱: ۴۵.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۲۷۷

و أمّا بالنسبة إلى المستقبل فلكون العنوان باقياً لا مجال لصحّة نكاحه.
و قد ظهر مما ذكرنا حكم التطليقة أو التطليقات الواقعة فى حال الكفر، فان مقتضى القاعدة عدم ترتب الأثر من جزئية السّبب أو السّببية التامة للتحريم عليها؛ لعدم اختصاصها بالأحكام التكليفية، و لا حاجة فى ذلك الى رواية البحار، حتى يناقش فيها من إذ السّند، كما لا يخفى.

خاتمة– تشتمل على بيان أمور:

قاعدة الإحسان

اشارة

و هى ايضاً من القواعد الفقهيّة المعروفة، و يستند إليها فى الفروع المختلفة الفقهية التى سيأتى التعرض لبعضها إن شاء اللّه تعالى، و الكلام فيها يقع فى مواقف:

الموقف الأوّل– فى مدركها و مستندها،

و ما قيل فى هذا المجال أمور:

تتمة–

اشارة

ربما يستشكل فى القاعدة بأن الفقهاء ذكروا فى باب اللقطة ان الملتقط بعد اليأس عن إيصال المال الى صاحبه يتصدق به عنه، و مع ذلك حكموا بأنه ضامن للمالك إذا ظهر بعد التصدق و علم به و لم يرض، مع ان الملتقط لا يكون فى عمله هذا الا محسناً محضاً، فكيف يكون ضامناً؟
القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۲۹۴
و أجيب عنه بان الشارع حكم بجواز التصدق مع الضمان ان ظهر صاحبه، فالتصدق إحسان مع هذا القيد، فصرف التصدق بدون هذا القيد لا يكون إحساناً؛ إذ لا يمكن أخذ مال الناس و التصدق به عنهم استناداً إلى أنه إحسان، فالتصدق المقيد مصداق للإحسان، و هذا الحكم لا يكون مختصاً باللقطة، بل يجرى فى كل ما هو مجهول المالك، كالأموال المسروقة الواقعة فى يده التى لا يعلم صاحبها، و الدين المجهول صاحبه، و القراضة فى دكان الصائغ و أمثالها.
و ربما يستشكل فيها ايضاً بحكمهم بضمان الطبيب مطلقا، أو فى خصوص ما إذا باشر العلاج بنفسه، مع انه لا شبهة فى كونه محسناً و غرضه علاج المريض، فكيف يكون ضامناً؟
الّا ان يقال: إن الحكم بالضمان فى مثله مستند الى الروايات المتعددة التى يستفاد منها الضمان، و هذه الروايات تكون بمنزلة المخصص لقاعدة الإحسان، و فيه تأمل؛ لإباء سياقها عن التخصيص، كما لا يخفى.
هذا تمام الكلام فى قاعدة الإحسان.
القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۲۹۵

الأوّل الاتفاق القطعى من الأصحاب على اشتراک الجميع فى الحكم المتوجه الى بعض آحاد المكلّفين،

و يشهد به استدلالهم بالخطابات الخاصّة في إثبات عموم الحكم خلفاً بعد سلف، و كان هذا هو المتداول من الصدر الأول إلى يومنا هذا، فترى مثلًا في صحيحة «۱» زرارة المعروفة الواردة في الاستصحاب ان المفروض في موردها اصابة دم الرعاف أو شيء من المنى ثوب زرارة، و الحكم الواقع في الجواب في جميع الفروض المفروضة لزرارة انما وقع بصورة الخطاب الشخصي متوجّهاً الى زرارة، و هكذا في كثير من الروايات الواردة بهذه المثابة، و مع ذلك يستدلون بها للحكم الكلّي، و لم يناقش فيه أحد منهم، و منه يظهر عدم ارتباط ذلك بمسألة عموم الخطابات الشفاهية و عدمه، التي هي مسألة مختلف فيها، و سكوتهم عن التعرض لمسألة الاشتراك و عدم اقامة الحجة عليه، انّما هو للاتكال على كونه من المسلم عندهم، و ربما يقال: انه من ضروري الدين، و لا أقل من كونه ضروري الفقه، نعم من الواضح انه لو كان قيد مأخوذاً في الموضوع كقيد الاستطاعة الوارد في دليل وجوب الحج، فلا مجال لدعوى اقتضاء الاشتراك لثبوت التكليف لغير المستطيع ايضاً، كما انه لو احتمل اشتراط التكليف بمثل وجود الإمام أو نائبه الخاص، كالتكليف بوجوب صلاة الجمعة، لا مجال لدعوى كون القاعدة مقتضية للاشتراك بالنسبة إلى زمن الغيبة أيضاً.

و الإنصاف تمامية هذا الدليل و ثبوت الاتفاق، بل الضرورة على ذلك، و قد بلغ نقل الإجماع في ذلك مضافاً الى الإجماع المحصّل حدّ

(۱) الوسائل ۲: ۱۰۶۵ ب ۴۴ من أبواب النجاسات ح ۱.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۲۹۷

الاستفاضة، بل التواتر.

الثاني الاستصحاب،

و تقريبه ان يقال: إذا توجه حكم الى بعض آحاد المكلفين أو الى طائفة منهم، فلا شبهة في عدم الاختصاص بذلك البعض أو تلك الطائفة دون غيرهم من الموجودين في زمان صدور الحكم من الامام (عليه السلام)، بل يعمّ الموجودين قطعاً، و عليه فالحكم ثابت في ذلك الزمان بالنسبة إلى الجميع، و مع الشك في البقاء بالنسبة إلى الموجودين بعد ذلك الزمان، يكون مقتضى الاستصحاب البقاء، و هو معنى قاعدة الاشتراك.

و أورد عليه أوّلًا: بأن الخطاب إذا كان متوجها الى شخص خاص أو طائفة مخصوصة، فمن اين نعلم باتّحاد الموجودين في زمان صدور الحكم مع المخاطب أو المخاطبين؟ و ثانياً: انه إذا كان الاتّحاد بالنسبة إلى الموجودين في ذلك الزمان معلوماً، فالاتحاد بالنسبة إلى الموجودين في الأزمنة المتأخرة أيضاً يكون معلوماً، لانه لا خصوصية لوجودهم في ذلك الزمان، و مع العلم لا يبقى مجال للاستصحاب.

و ثالثاً: ان الاستصحاب انما تصل النوبة إليه لو لم تكن الأدلة اللفظية قائمة على البقاء، و مع وجودها تكون حاكمة على الاستصحاب.

و أنت خبير بعد وضوح عدم كون الإيراد الثالث وارداً على الدليل؛ لان كل دليل انما يلاحظ مستقلا و مع قطع النظر عن الدليل الأخر، و إلّا فالإجماع القطعي الذي كان دليلًا لا يبقى مجالًا للاستصحاب، مع عدم كونه دليلًا لفظيّاً بان اشتراك الموجودين في زمن الخطاب مع المخاطبين، ان كان من مصاديق قاعدة الاشتراك يكون الاستناد إليه أوّل الكلام، و إلا

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۲۹۸

فلو فرض كونه مسلّماً في نفسه و خارجاً عن قاعدة الاشتراك، لا يبقى مجال للايرادين الأوّلين.

مع انه يمكن تقرير الاستصحاب بنحو يكون فيه المستصحب هو الحكم الثابت لذلك الشخص أو تلك الطائفة، فإنه يشك في بقائه مع زواله، و مقتضى الاستصحاب البقاء، و لازمه التعلق بجميع الموجودين في الأزمنة المتأخرة؛ إذ لا معنى للبقاء مع عدم التعلق، كما

انه لا معنى للبقاء مع التعلق بواحد غير معلوم، و لا يجرى فيه إمكان الترجيح فتدبّر.

الثالث ثبوت ارتكاز المتشرعة حتى العوام منهم علىٰ أن حكم اللّه فى هذه الواقعة واحد و ثابت للجميع،

من دون ان يكون مختصّاً بالمخاطب، و هذا الارتكاز لا محالة قد نشأ من مبدإ الوحى و الرّسالة، و قد انتقل من السلف الى الخلف، و لذا لو سأل أحد مقلديهم من المجتهد و استفتاه فى حكم موضوع، استفاد منه المقلد الأخر و تعينت وظيفته ايضاً، من دون حاجة الى استفتاء جديد، و السؤال فى الروايات انّما كان على هذا المنوال، فاذا قال الامام (عليه السلام) فى جواب زرارة الذى سأله عن اصابة المنىّ ثوبه، و قد نسيه فصلى فيه: أعد صلاتك مثلًا يكون المرتكز فى ذهن المتشرعة ثبوت هذا الحكم بالنسبة الى جميع من كان منطبقاً عليه مفروض السؤال، و إن كان المخاطب بحسب اللفظ و البيان هو زرارة، و هذا لا ينافى اختصاص بعض التكاليف ببعض الطوائف أو بعض الأشخاص؛ فإن المراد من الاشتراک عدم اختصاص التكليف بمن توجه الخطاب اليه، و هذا لا ينافى كون موضوع الحكم الملقى الى المكلف مقيّداً ببعض القيود أو متصفاً ببعض الصفات، أو كونه من طائفة خاصة أو كونه من الرجال أو من

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۲۹۹

النساء؛ لانه ليس المراد من قاعدة الاشتراک اشتراک جميع المكلفين، سواء كانوا واجدين لقيود موضوع الحكم أم لم يكونوا واجدين لها، فالاشتراک فى تكليف الحج مرجعه الى ثبوت وجوبه لكل مستطيع، لا وجوبه على الكل، مستطيعاً كان أم لم يكن كما مرّ فى الدليل الأوّل.

الرّابع انه قد ثبت فى محلّه بمقتضى الاخبار و تسلّم الأخيار انه لا يخلو شيء من الوقائع المبتلى بها عن حكم من الأحكام الإلهيّة،

فإذا ثبت حكم لأحد مثل زرارة فى المثال المتقدم، فاللازم الحكم بثبوته لغيره ممّن هو مثله فى الجهات الراجعة إلى الحكم؛ إذ مع ثبوته لغيره لا بد امّا من الالتزام بخلوّ نفس هذه الواقعة بالنسبة إلى غيره عن الحكم، فينافى، ما دلّت عليه الاخبار و التزم به الأخيار، و أمّا من الالتزام بجعل مثله بالنسبة إلى الغير بجعل مستقل جديد، و المفروض انه لا دليل على هذا الجعل؛ إذ الفرض ان الدليل فى المسألة منحصر بما ورد فى قصة «۱» زرارة مثلًا و لا دليل على جعل آخر بنحو العموم كما لا يخفى، و الظاهر أنه الى هذا الدليل ينظر كلام بعض المحققين فى ما حكى عنه: «و القول بان الكون فى زمان النبى (ص) دخيل فى اتّحاد الصنف الذى هو شرط شمول الخطابات هدم لأساس الشريعة؛ و ذلک من جهة ان الاحكام ان كانت مخصوصة بالحاضرين فى مجلس النبىّ (ص) المخاطبين أو مطلق الموجودين فى ذلک الزمان انتهىٰ أمر الدين العياذ باللّه، و يكون الناس بعد ذلک كالبهائم و المجانين، و هذا أمر باطل بالضرورة، لأنه يوجب هدم أساس الدين، فادعاء الضرورة على اشتراک الجميع فى التكاليف لا بعد فيه، بل

---

(۱) الوسائل ۲: ۱۰۶۵ ب ۴۴ من أبواب النجاسات ح ۱.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۳۰۰

هو كذلک».

الخامس دلالة نفس الأدلة اللفظية الواردة فى موارد خاصة على العموم،

بحسب المتفاهم العرفى و الظهور العقلائى المعتبر فى باب دلالة الألفاظ، فإذا سأل سائل عن حكم رجل شک فى الصلاة بين الثلاث و الأربع، لا يسبق إلى أذهان العرف الّا كون مورد السؤال نفس الشک بين الثلاث و الأربع من دون ان يكون للرّجولية خصوصية فى ذلک، و لذا يجرى الجواب لبيان الحكم فى النساء أيضاً، و فى مثال زرارة المتقدم، يكون المتفاهم العرفى من سؤال زرارة هو اصابة

ثوب المكلف و ملاقاة الدم أو شيء من المنىّ له، لا اصابة شيء من ذلك ثوب زرارة، و إن كان الثوب مضافاً إليه، ففى الحقيقة مقتضى هذا الدليل عموم نفس ذلك الدليل اللفظى، و عدم كون الخصوصية دخيلة بنظر العرف و العقلاء أصلًا.

السادس ما ربما يقال من تنقيح المناط القطعى؛ نظراً الى ان الاحكام التابعة للمفاسد و المصالح

نفس الأمريّة لا تختلف بحسب افراد المكلفين؛ للزوم دفع المضرة و جلب المنفعة اللازم على الكل، و دعوى ان المفروض تبعيتها للوجوه و الاعتبارات و لعلّ للخصوصية مدخلية، مدفوعة بأن المراد بالوجوه و الاعتبار ما عدا خصوصيات المكلفين من حيث هم كذلك؛ لأنها خصوصيّات مختلفة لا تدور مدارها الأمور نفس الأمرية، بل مدارها على المفاهيم العامة، كالمريض و الصحيح، و المسافر و الحاضر، و نحو ذلك من الصفات اللاحقة للمكلفين أو العارضة للافعال، و أمّا مع اتحاد ذلك فخصوص زيد و عمرو لا دخل له فى ذلك، و دعوى انتقاضه بخصائص النبى (ص) مدفوعة بعدم كون الخصائص لشخصه، بل انّما هو لعنوان كلى،

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۳۰۱

غاية الأمر انحصار ذلك العنوان فى فرد واحد و مصداق فأرد، و يؤيد هذا الدليل طريقة العقلاء؛ فإنهم إذا رأوا رجلًا فعل فعلًا فتضرر به، أو فعل فعلًا فانتفع به، يجتنبون الأول و يرتكبون الثانى، و لا يلتفتون الى احتمال الخصوصية أصلًا.

السابع الرّوايات الواردة فى المقام الدالة على اشتراك أحكام اللّه تبارك و تعالى بين الكلّ،

و عدم مدخلية خصوصية الأشخاص و العوارض المشخصة لهم، ككونه أباً لفلان أو ابناً له، أو لونه كذا أو قبيلته الفلانية، أو سنّة كذا، أو حرفته كذا أو علمه كذا، و أمثال ذلك و هى كثيرة:

منها: ما رواه فى الوسائل «۱» عن محمد بن يعقوب الكلينى عن على بن إبراهيم عن أبيه عن بكر بن صالح عن القاسم بن يزيد الزبيدى عن ابى عمرو الزهرى عن ابى عبد اللّه (عليه السلام) فى حديث طويل فى كتاب الجهاد، فى باب من يجوز له جمع العساكر و الخروج بها الى الجهاد، قال (ع) فيه بعد كلام طويل فى شرائط من يتصدى لجمع العساكر للجهاد: «لان حكم اللّه عزّ و جلّ فى الأولين و الآخرين و فرائضه عليهم سواء، الّا من علة أو حادث يكون، و الأوّلون و الآخرون ايضاً فى منع الحوادث شركاء، و الفرائض عليهم واحدة، يسأل الآخرون من أداء الفرائض عما يسأل عنه الأولون، و يحاسبون عما به يحاسبون» «۲».

و منها: النبوى «۳» المشهور: حكمى على الواحد حكمى على الجماعة،

---

(۱) الوسائل ۱۱: ۲۷ ب ۹ من أبواب الجهاد ح ۱.

(۲) الوسائل.

(۳) عَوالى اللّئالى ۱: ۴۵۶. الّذى عثرتُ عليه فى المصادر معنى الحديث ما رواه الترمذى فى كتابه ۴: ۱۵۳ ب ۴۰ من كتاب؟؟؟، قال رسول (ص) إنّما قولى لمائة امرأة قولى لامرأة واحدة.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۳۰۲

و ظهوره فى الاشتراك بعد كون المراد بالجماعة هو العموم لا جماعة خاصّة انّما هو بلحاظ ان الظاهر منه: ان حكمى الذى هو حكم اللّه على أحدكم لأجل كونه مخاطباً أو مورداً، لا يختص بذلك المخاطب أو ذلك المورد، بل يعم الجميع، فدلالته على الاشتراك ظاهرة.

و منها قوله «۱» (ع) فى الخبر المشهور: حلال محمد (ص) حلال الى يوم القيامة و حرام محمد (ص) حرام الى يوم القيامة، و تقريب دلالته بعد وضوح ان المراد هو حلال اللّه و حرامه و نسبته النبى (ص) انّما هى بلحاظ كونه واسطة فى الوحى و مبلغاً لأحكام اللّه

تعالى، و بعد وضوح ان المراد ليس خصوص الحلال و الحرام من بين الاحكام بل المقصود جميع الأحكام الإلهية و القوانين السّماوية ان بقاء الاحكام الى يوم القيامة مرجعه الى عدم الاختصاص بزمان و لا بشخص أو طائفة؛ ضرورة انه إذا كانت جميع الأزمنة متساوية من حيث الحكم، فلا محالة يشترك جميع المكلفين فيه، و معناه تساوى الأولين و الآخرين فى ذلك، فاذا كان هذا التساوى ثابتاً، فالتساوى فى زمن صدور الحكم بين المخاطب و غيره يكون بطريق اولى، بل يستفاد من الرواية مفروغيته.

و منها: قوله «۲» ص-: فليبلغ الشاهد الغائب، فإن إيجاب تبليغ الشاهد الغائب لا يكون له وجه الّا اشتراكهما فى ثبوت الحكم و تحقق

---

(۱) الكافى ۲ ۱۷ ح ۲. و فى البحار ۸۹: ۱۴۸ طبع قديم و أصول كافى ۱: ۵۸.

(۲) البحار ۲۲: ۱۵۰ و ۴۷۸ ح ۱۴۲ ح ۲۶

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۳۰۳

التكليف؛ لانه لا مجال له مع عدم الاشتراك، و إطلاق الغائب ينفى خصوص جماعة من الغائبين، بل يشمل الغائب المعدوم فى زمن الخطاب الموجود بعده ايضاً.

و منها: قوله (ص) اوصى الشاهد من أمتى و الغائب منهم و من فى أصلاب الرجال و أرحام النساء الى يوم القيامة، ان يصلوا الرّحم، و من الواضح انه لا خصوصية لصلة الرحم من بين الاحكام، و دعوى ان التصريح بالاشتراك فى خصوص صلة الرحم لعلّه كان لأجل خصوصية فيه دون غيره، مدفوعة بوضوح خلافها.

و منها: غير ذلك من الروايات التى يستفاد منها الاشتراك، كالروايات الواردة فى إرجاع الناس الى جماعة من الرواة و نقلة الحديث، كزرارة و زكريا بن آدم و يونس بن عبد الرحمن و أمثالهم؛ فان هذا الإرجاع لا يكاد يصحّ الا مع كون الحكم الذى تعلمه الراوى من الامام (ع) و أخذه منه مشتركاً بين العموم، و إلا فلو كان الحكم فى مثال زرارة «۱» المتقدم منحصراً به باعتبار كونه المخاطب بالإعادة مثلًا لما كان وجه لإرجاع النّاس اليه، و دعوى كون الإرجاع محدوداً بالأحكام الخالية عن الخطاب، المتعلقة بالعناوين العامة، مدفوعة بوضوح عدم محدودية دائرة الإرجاع؛ ضرورة انه إذا رجع مكلف إلى زرارة فى المثال المتقدم لما كان زرارة آبياً عن جوابه، نظراً الى كونه المخاطب، كما لا يخفى.

الثامن ما جعله المحقق «۲» البجنوردى (قده) وجهاً وجيهاً،

و ما هو

---

(۱) الوسائل ۲: ۱۰۶۵ ب ۴۴ من أبواب النجاسات ح ۱.

(۲) القواعد الفقهية ۲: ۴۸.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۳۰۴

التحقيق عنده، و ملخّصه: ان جعل الاحكام من الأزل على الموضوعات المقدرة الوجود على نحو القضايا الحقيقية، و ليس من قبيل القضايا الخارجية، حتى تكون تسريته الى غير الحاضرين فى مجلس الخطاب أو غير الموجودين فى ذلك الزمان بدليل الاشتراك، بل شموله للحاضرين و الغائبين و المعدومين على نسق واحد، كما هو الشأن فى جميع القضايا الحقيقية الكلية، سواء كان إخباراً أو إنشاء فقول «۱» الله تعالى (وَ لِلّٰهِ عَلَى النّٰاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطٰاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا)، فى قوة ان يقال بصورة الجملة الخبرية: كل إنسان مستطيع يجب عليه الحج، يشمل الموجودين و المعدومين فى عرض واحد، و بعبارة اخرى: بما ان اللّه تعالى عالم فى الأزل بوجود المصلحة الملزمة فى الفعل الفلانى، الصادر من شخص متصف بكذا و كذا، هذا العلم علة لجعل الوجوب متعلقاً به، فلا محالة يحصل الجعل،

يصير الفعل واجباً على كل شخص يكون مصداقاً لذلك العنوان مع القيود المأخوذة فيه، و نسبة الحكم الى جميع المصاديق فى عرض واحد، و لو كان بين افراد ذلك الموضوع تقدم و تأخر بحسب الوجود، الى ان قال: فلا يبقى محل و مجال لدليل الاشتراك، و فى الحقيقة هذا الوجه يوجب هدم هذه القاعدة، و لا يبقى معه احتياج إليها.

أقول: قد مرّت الإشارة الى ان مورد قاعدة الاشتراك ما إذا لم يكن بيان الحكم بصورة القضية الحقيقية، أو بما يرجع إليها مثل، قوله تعالى لِلّهِ عَلَى النّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا؛ فان كان مراده ان بيان جميع الاحكام انما يكون بهذه الصورة حتى مثل قوله (ع): أعد، مخاطباً

---

(۱) سورة آل عمران الآية: ۹۷.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۳۰۵

زرارة فى المثال المتقدم، بحيث يكون مرجعه الى ان الحكم فى مثله انما يكون بنحو كلى و بهذه الصورة، فيدفعه وضوح خلافه، بل اننا نرى الاختلاف بين الرجال و النساء فى كثير من الاحكام، و هذا لا ينافى ما تقدم منا من إلغاء الخصوصية فى مثله، فتدبر، و إن كان مراده انه لا مجال لدليل الاشتراك فيما إذا كان بيان الحكم بصورة القضية الحقيقية، فهذا لا ينافى ثبوت القاعدة فى غير هذه الصورة، كما فى مثال زرارة المتقدم.

التاسع مفهوم ما دلّ على الاختصاص فى بعض المقامات،

اشارة

كقوله تعالى «۱» وَ مِنَ اللَّيْلِ فَتَهَجَّدْ بِهِ نافِلَةً لَكَ، و النصوص فى ان الرجل يفعل كذا، و المرأة تفعل كذا؛ فإنّها دالة على ان غير ما نصّ فيه على الاختصاص شامل للعموم.

فانقدح من جميع ما ذكرنا فى هذا المقام ثبوت المستند بل المستندات لقاعدة الاشتراك، و انه لا مجال للخدشة فيها من حيث المدرك بوجه.

الأوّل ثبوت الشهرة و تحققها من فقهائنا قديماً و حديثاً على وفقه،

بل يظهر من عبارة كثير من الأصحاب دعوى الإجماع عليه؛ فإنهم يعبّرون عنه بلفظ عندنا و عند علمائنا و نحو ذلك، بل ربما يقال: إنه من ضروريات مذهب الإمامية، و الظاهر ان المراد كونه من ضروريات فقههم لا ضروريات مذهبهم، و لكن الظاهر انه لا حجية لهذا الإجماع؛ لأنه مضافاً الى وجود المخالف فى المسألة كالمحدث «۱» الكاشانى

---

(۱) الوافى ۲: ۸۲.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۳۱۲

و الأمين «۱» الأسترآبادى و صاحب الحدائق، على ما حكى عنهم، و إلى ان الإجماع المنقول لا حجية فيه كما بيّن فى محلّه لا يكون هذا الإجماع كاشفا، لاحتمال كون مستند المجمعين بعض الوجوه الآتية، فلا يكون للإجماع أصالة و كاشفية بوجه.

الثانى إطلاق أدلة التكاليف

و عدم تقييد العناوين المأخوذة فيها بقيد الايمان غالباً، كما فى مثل «۲» قوله تعالى وَ لِلَّهِ عَلَى النّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا، و قوله تعالى «يا أَيُّهَا النّاسُ اتَّقُوا»*، و غيرهما مما هو شامل للكافر ايضاً، و أمّا ما وقع فيه عنوان المؤمن كقوله «۳» تعالى يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيامُ و قوله «۴» تعالى يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلاةِ فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ، و غيرهما من الآيات التى وقع فيها بيان التكليف بصورة الخطاب للمؤمنين، فالظاهر انه لا دلالة فيه على الاختصاص، بل توجيه الخطاب إلى المؤمنين انما هو لأجل كونهم متصدين لإطاعة التكاليف، الإتيان بالوظائف، و إلا فربما وقع هذا النحو من التعبير فى باب الأصول الاعتقادية، مع انه لا شبهة فى اشتراك الكفار مع المؤمنين فى هذه المسائل؛ ضرورة ان الكافر يجب عليه ان يرفع اليد عن الكفر و يؤمن بما آمن به المؤمن، كقوله تعالى «۵» يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا

---

(۱) الحدائق الناضرة ۳: ۳۹ و ۴۰

(۲) سورة آل عمران الآية: ۹۸.

(۳) سورة البقرة: ۱۸۳.

(۴) سورة المائدة الآية ۶.

(۵) سورة النساء: ۳۶.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۳۱۳

آمِنُوا بِاللّهِ فيستفاد منه ان تخصيص الخطاب بالمؤمنين ليس لأجل اختصاص الحكم بهم.

نعم قد يقع بيان الحكم بصورة الخطاب الى شخص خاص أو طائفة خاصّة كزرارة مثلًا و فى مثله تجرى قاعدة الاشتراك المتقدمة، و مقتضاها عدم الفرق بين المؤمن و الكافر ايضاً، كما لا يخفى.

الثالث ما ربما يقال من انه لا ريب فى كون الكفار مكلفين بالايمان،

و قد ورد فى بعض الاخبار ان الايمان ليس مجرد الاعتقاد بالعقائد الحقة، بل هو مع العمل بالأركان و إطاعة الوظائف و الأحكام.

و أورد عليه بان الايمان ليس هو المواظبة على جميع الاحكام قطعاً، و الترجيح لبعض الاحكام لا وجه له، و لا ريب ان فاعل المحرّمات و تارك الواجبات مع اعتقاده العقائد الحقّة يسمّى مؤمناً مسلماً، فما فى الرواية المتقدمة يكون تعريفاً للايمان الكامل، كقوله تعالى إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ الَّذِينَ إِذا ذُكِرَ اللّهُ وَجِلَتْ قُلُوبُهُمْ «۱».

الرّابع بعض الآيات الظاهرة فى أنهم مكلفون بالفروع

كقوله تعالى حكاية عنهم بعد السؤال عنهم عن انه ما سَلَكَكُمْ فِي سَقَرَ: «قالُوا لَمْ نَكُ مِنَ الْمُصَلِّينَ وَ لَمْ نَكُ نُطْعِمُ الْمِسْكِينَ وَ كُنّا نَخُوضُ مَعَ الْخائِضِينَ وَ كُنّا نُكَذِّبُ بِيَوْمِ الدِّينِ» «۲»، و قوله تعالى فَلا صَدَّقَ وَ لا صَلّى «۳». و قوله تعالى

---

(۱) سورة الأنفال الآية ۲.

(۲) سورة المدثر، لآيات ۴۳ ۴۶.

(۳) سورة القيامة، لآية ۳۱.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۳۱۴

وَ وَيْلٌ لِلْمُشْرِكِينَ الَّذِينَ لَا يُؤْتُونَ الزَّكَاةَ وَ هُمْ بِالْآخِرَةِ هُمْ كَافِرُونَ «۱».

و أورد عليه بـان قوله لَمْ نَـكُ مِنَ الْمُصَـلِّينَ، لا دلالـة على كونهم مكلّفين بالصـلاة فى حال الكفر، بل لعلّ المراد انه لو آمنّا و صـرنا مكلفين بالصـلاة و صـلّينا لنجونا، و لكن لم نك من المصلين، لعدم كوننا من المسلمين، و كذا قوله تعالى فَلَا صَدَّقَ وَ لَا صَلَّى لا يدل على التكليف بالصـلاة فى حـال عـدم التصـديق، بـل مثل هـذه العبارة يقال كثيراً فى الأمرين المترتبين أو الأمور المترتبـة؛ فإنه إذا قيل لزيد: أضف عمراً، و إذا أضـفته فأعطه درهماً، فان وجوب الإعطاء مشـروط بالضـيافة، بحيث لو لم تكن الضيافة لا يجب الإعطاء، فإذا ترك زيد كليهما يقال: لا أضاف و لا اعطى، و لا يلزم وجوب كل منهما وجوباً مطلقاً.

هـذا و الظاهر كون هـذا الإيراد مخالفاً لظاهر الآيـة؛ فإن ذكر ترك الصـلاة أوّلا بعنوان العلـة الموجبة للسـلوك فى سـقر لا يلائم عدم التكليف بهـا فى حـال الكفر، و بعبـارة أخرى: إذا لم يكن الكـافر مكلفا بالصـلاة أصـلًا، فلا وجه لان يقال: إن بان تـرك الصـلاة صار موجبـاً لوقـوعه فى سـقر فى رديف الخوض مع الخائضـين و التكـذيب بيوم الـدين الـذى هو عبـارة أخرى عن الكفر، فالظـاهر تمـامية الاستدلال بالآية، و كذا بالآيتين بعدها، نعم أجاب صاحب الحدائق عن الآية الأولى بأن المراد من قوله تعالى لَمْ نَكُ مِنَ الْمُصَلِّينَ «۲» انه لم نـك من اتباع الأئمـة، كما فى تفسـير على بن إبراهيم، فيكون المصـلى بمعنى الـذى يلى السابق، و يـدفعه وضوح كونه خلاف ظاهر

---

(۱) سورة فصلت، الآيتان ۶ و ۷.

(۲) الحدائق الناضرة ۳: ۴۳

الآية، خصوصاً مع ملاحظة قوله: «وَ لَمْ نَكُ نُطْعِمُ الْمِسْكِينَ و لعلّ الرواية ناظرة إلى كونه من بطون القرآن.

الخامس ما ربما يقال من انه لو لا تكليف الكفار بالفروع، يلزم ان يكون الكافر القاتل للنبى (ص) و المعين له من الكفار متساويين فى العقاب؛

لفرض عدم التكليف، مع ان ضرورة العقل قاضية بخلافه، و ليس ذلك الّا من جهة كونه معاقباً على الفروع و مكلفاً بها كالأصول.

و ربما يجاب بان عـدم تساويهما لا يسـتلزم كونهما مكلفين بفروع شـرع الإسـلام، لأنه يمكن ان تكون العلّة هى قبـح القتل فى شـرع الكفر ايضاً.

و ردّ هذا الجواب بان ثبوت الإسـلام ناسخ للشرائع السّابقة، فلا دين غيره حتى يكون التفاوت لأجل مخالفة ذلك الدين دون الإسلام، فلا ينافى عدم كونه مكلّفاً فى شرعنا الذى هو محلّ الخلاف فى هذا المقام.

و قال صاحب العناوين «۱»: «يمكن ان يقال: ان نزاع التكليف بالفروع انّما هو فى الفروع الثابتة بالشـرع ابتداء، و أمّا ما يستقل به العقل كـالظلم و القتـل و نحو ذلـك، فلا بحث فى كون الكـافر مؤاخـذاً به و معاقباً عليه، و المثال انما هو من الثانى دون الأوّل، أو يقال: ان نسـخ الإسـلام للشـرائع السّابقـة فيما اسـتقل به العقل ممنوع، بل هو باق على حكم الشـرائع السّابقـة، فيكون العقاب لقبحه فى شـرعهم كشـرعنا، و مجرّد فرض كون العقـاب انّمـا هو لمخالفـة هـذا الشـرع دون السـابق انمـا ينفع فى إثبات كون شـرعنا مطاعا من حيث هو كذلك، فما وافق الشـرع السابق أيضاً يؤخذ من حيث كونه من شرعنا، لا من حيث كونه من الشرع السابق، و لا من حيث الاجتماع، و لا ينفع فى

---

(۱) العناوين سيد مير فتّاح عنوان ۹۰: ۳۹۴.

مقامنا هذا؛ إذ الدليل قضى بالتفاوت بين القاتل و المعين، و أمّا ان ذلك لجهة شرعنا أم لا، فلا يقضى به ذلك».

أقول: عطف القتل على الظّلم فيما استقل العقل بقبحه ممنوع؛ لان القتل ربما ينطبق عليه بعض العناوين المحسّنة بل المشتملة على المصلحة الملزمة، فيستدعى وجوبه، و لا أقلّ مشروعيته و جوازه، كالقتل الواقع قصاصاً، و القتل الواقع حدّا، و ليس شيء مما يستقلّ به العقل خارجاً عن حكمه باعتبار عروض بعض العناوين، فالظلم بعنوانه قبيح مطلقا، و القتل القبيح انّما هو الذى انطبق عليه عنوان الظلم، و لا مجال لعطف القتل على الظلم فى الحكم بالقبح مطلقا.

و على ما ذكرنا فيمكن ان لا يكون هناك تكليف منجز و لا عقوبة على قتل الكافر النبى (ص) فيما إذا كان اعتقاده كذبه، و انه مخالف لما هو دين اللّه، و انه يجب ان يقتل خوفاً من الإضلال، كما هو الغالب فى وجه هذا النحو من القتل، و هذا بخلاف الظلم الذى لا ينفك عن استحقاق العقوبة بوجه، فتدبّر.

السادس بعض الروايات التى يستفاد منها ذلك،

كرواية سليمان بن خالد قال: قلت: لأبى عبد اللّه (عليه السلام): أخبرنى عن الفرائض التى افترض اللّه على العباد ما هى «۱»؟ فقال: شهادة ان لا إله إلّا اللّه و إن محمّداً رسول اللّه و أقام، الصّلوات الخمس، و إيتاء الزكاة، و حج البيت، و صيام شهر رمضان، و الولاية، فمن أقامهنّ و سدّد و قارب و اجتنب كل مسكر، دخل الجنّة؛ فإن مورد السؤال ما افترض اللّه على عموم العباد؛ لان الجمع

---

(۱) الوسائل ۱: ۱۲ ب ۱ من كتاب الطهارة ح ۱۷.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۳۱۷

المحلّى يفيد العموم، و ظاهر الجواب فى نفسه ايضاً ذلك؛ لانه جعل الواجبات الفرعية عطفاً على الشهادتين اللتين تجبان على جميع العباد بلا اشكال، و الاقتصار فى الجواب على الأمور الخمسة بلحاظ أهميّتها و علوّ شأنها كما يظهر من الرواية «۱» المعروفة الدالة على ان الإسلام بنى على الخمس، و ليس ذلك لأجل اختصاص العمومية بهذه الخمسة، و يؤيده ذيل الرواية الظاهر فى توقف دخول الجنة على اجتناب المسكر و مثله ايضاً، كما لا يخفى.

و صحيحة «۲» البزنطى قال: ذكرت لأبى الحسن الرّضا (ع) الخراج و ما سار به أهل بيته، فقال: العشر و نصف العشر على من أسلم طوعاً تركت أرضه فى يده و أخذ منه العشر فى ما عمر منها، و ما لم يعمر منها أخذه الوالى فقبله ممن يعمره، و كان للمسلمين، و ليس فى ما كان أقل من خمسة أوساق شيء، و ما أخذ بالسيف فذلك الى الامام يقبّله بالذى يرى، كما صنع رسول اللّه بخيبر، قبل أرضها و نخلها، و الناس يقولون: لا تصلح قبالة الأرض و النخل إذا كان البياض أكثر من السّواد، و قد قبل رسول اللّه (ص) خيبر و عليهم فى حصصهم العشر و نصف العشر «۳».

و الاستدلال بها مبنى على كون المراد من العشر و نصف العشر هو الزكاة التى مقدارها كذلك، و لكن الظاهر خصوصاً بملاحظة قوله (ع): يقبّله بالّذى يرى، و بملاحظة قوله: و الناس يقولون لا تصلح قبالة الأرض، هو

---

(۱) الوسائل ۱: ۷ ب ۱ من كتاب الطهارة ح ۲.

(۲) الوسائل ۱۱: ۱۲۰ ب ۷۲ من أبواب جهاد العدو ح ۲.

(۳) الوسائل أبواب جهاد العدوّ، الباب الثانى و السبعون، حديث ۲.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۳۱۸

ان العشر و نصف العشر جزء من قبالة الأرض المجعولة من قبل الامام لا من باب الزكاة.

السّابع قاعدة الجبّ

المستفادة من قوله (ص) «۱»: الإسلام يجبّ ما قبله، و تقريب دلالتها على الاشتراك فى المقام انه على تقدير اختصاص الأحكام الفرعية بالمؤمنين، يلزم اختصاص مورد قاعدة الجبّ و مفادها بخصوص الكفر و الشرك المحقق قبل الإسلام، بحيث يكون مفاد القاعدة: ان الإسلام يجبّ ما قبله من الشرك و الكفر و يجعلهما كالعدم، مع ان شأن ورودها كما تقدم فى البحث فيها هو بعض الأحكام الفرعية، مثل القتل و شبهه، مع ان الفقهاء (رض) يستدلون بها على جبّ مثل ترك الصلاة و الصوم و الزكاة و أشباههما، فهذه القاعدة أيضاً دليل على الاشتراك فى المقام.

و قد انقدح من جميع ما ذكرنا تمامية أكثر أدلة المشهور القائلين بالاشتراك، و أمّا المنكرون له فقد استدلوا بوجوه تعرض فى الحدائق لخمسة منها:

منها: عدم الدليل على الاشتراك، و هو دليل العدم.

و يدفعه وجود أدلة المشهور التى عرفت تمامية أكثرها.

و منها: الرّوايات الظاهرة فى توقف التكليف على الإقرار و التصديق بالشهادتين، كصحيحة «۲» زرارة قال: قلت: لأبى جعفر (عليه السلام)

---

(۱) عوالى اللئالى ۲: ۵۴ الجامع الصغير للسيوطى ۱: ۱۲۳ مسند ابن حنبل ۴: ۱۹۹ و ۲۰۴ و ۲۰۵.

(۲) الكافى ۱: ۱۸۰.

أخبرنى عن معرفة الإمام منكم واجبة على جميع الخلق؟ فقال: ان اللّه عزّ و جلّ بعث محمّداً (ص) الى الناس أجمعين رسولًا و حجة للّه على جميع خلقه فى أرضه، فمن آمن باللّه و بمحمد (ص) رسول اللّه و اتبعه و صدّقه، فإن معرفة الإمام منا واجبة عليه، و من لم يؤمن باللّه و برسوله و لم يتبعه و لم يصدقه و يعرف حقّهما، فكيف يجب عليه معرفة الإمام و هو، لا يؤمن باللّه و رسوله و يعرف حقّهما الحديث «۱».

قال فى الوافى «۲» بعد نقل هذه الرّواية: و فى هذا الحديث دلالة على ان الكفار ليسوا مكلفين بشرائع الإسلام كما هو الحقّ، خلافاً لما اشتهر بين متأخرى أصحابنا. و الظاهر ان وجه الدلالة انه إذا لم تجب معرفة الامام على الكافر باللّه و رسوله، فعدم وجوب سائر التكاليف و عدم ثبوتها يكون بطريق اولى، خصوصاً مع ملاحظة أن الوصول و الاطلاع على سائر الأحكام يكون نوعاً من طريق الامام (عليه السلام).

و ما رواه على بن إبراهيم القمى فى تفسيره المعروف «۳»، فى تفسير قوله تعالى وَ وَيْلٌ لِلْمُشْرِكِينَ الَّذِينَ لا يُؤْتُونَ الزَّكاةَ «۴» عن أبان بن تغلب قال: قال لى أبو عبد اللّه (عليه السلام) يا أبان أ ترى انّ اللّه (عزّ و جلّ) طلب من المشركين زكاة أموالهم، و هم يشركون به حيث يقول وَيْلٌ لِلْمُشْرِكِينَ الَّذِينَ لا يُؤْتُونَ الزَّكاةَ وَ هُمْ بِالْآخِرَةِ هُمْ كافِرُونَ؟ قلت له

---

(۱) أصول الكافى باب معرفة الإمام، حديث ۳.

(۲) الوافى ۲: ۸۲

(۳) تفسير القمى ۲: ۲۶۲

(۴) سورة فصّلت الآية: ۷.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۳۲۰

كيف ذاك جعلت فداك؟ فسّره لى. فقال: ويل للمشركين الذين أشركوا بالإمام الأوّل و هم بالأئمة الآخرين كافرون، يا أبان إنّما دعا اللّه العباد الى الايمان به، فاذا آمنوا باللّه و برسوله افترض عليهم الفرائض.

و ما رواه فى الاحتجاج «۱» فى احتجاج أمير المؤمنين (عليه السلام) على زنديق من قوله (ع): و أمّا قوله إِنَّما أَعِظُكُمْ بِواحِدَةٍ فإن اللّه (عزّ و جلّ) نزّل عزائم الشرائع و آيات الفرائض فى أوقات مختلفة، كما خَلَقَ السَّماواتِ وَ الْأَرْضَ فِي سِتَّةِ أَيّامٍ*، و لو شاء لخلقها فى أقل من لمح البصر، و لكنه جعل الأناة و المداراة أمثالًا لأمنائه، و إيجاباً للحجّة على خلقه، فكان أوّل ما قيدهم به الإقرار بالوحدانية و الرّبوبية و الشهادة بان لا إله إلّا اللّه، فلمّا أقروا بذلك تلاه بالإقرار لنبيّه بالنبوة و الشهادة له بالرّسالة، فلما انقادوا لذلك فرض عليهم الصلاة ثمّ الصوم ثمّ الحج ثمّ الجهاد ثمّ الزكاة ثمّ الصدقات و ما يجرى مجراها من مال الفيء.

أقول: الظاهر ان الرّواية الأخيرة لا دلالة لها على مرام القائل بالاختصاص، و إن كان فيها اشعار بذلك؛ فان ظاهرها بيان كون نزول الاحكام انما هو بنحو التدريج، و الكلام انّما هو بعد النّزول، و لو قيل بثبوت الدلالة، لكان اللازم الالتزام بالترتيب فى مسألة الوحدانية و الرّسالة، مع انه لا ترتيب بينهما من حيث الوجوب، و كذا الالتزام بالترتيب فى الأحكام الفرعية بين الصلاة و الصوم و بين الصوم و الحج إلخ، مع انه لم يقل به أحد.

و أمّا الرّوايتان الأوليان فقد أجاب عنهما الشيخ الأعظم الأنصارى

---

(۱) الاحتجاج صفحة ۳۷۹.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۳۲۱

(قده) فى كتاب طهارته «۱» فى مسألة وجوب الغسل من الجنابة و غيرها من الاحداث على الكافر بأقسامه عند حصول سببه بما لفظه: «انّا لا- نقول بكون الكفار مخاطبين بالفروع تفصيلًا، كيف و هم جاهلون بها غافلون عنها؟ و كيف يعقل خطاب منكرى الصانع و الأنبياء؟ و على تقدير الالتفات فيستهجن، بل يقبح خطاب من أنكر الرّسول بالايمان بخليفته و المعرفة بحقّه و أخذ الاحكام منه، بل المراد ان المنكر للرسول مثلًا مخاطب بالايمان به و الايتمار بأوامره و الانتهاء بنواهيه، فان آمن و حصل ذلك كلّه، كان مطيعاً، و إن لم يؤمن ففعل المحرّمات و ترك الواجبات عوقب عليها كما يعاقب على ترك الايمان، لمخاطبته بها إجمالًا، و إن لم يخاطب تفصيلًا بفعل الصلاة و ترك الزنا لغفلته عنها، نظير ذلك ما إذا أمر الملك أهل بلد نصب لهم حاكماً بالإذعان لولايته من قبل الملك، و الانقياد له فى أوامره و نواهيه المسطورة فى طومار بيده، فلم تذعن تلك الرعية لذلك الحاكم، و لم يلتفتوا الى ذلك الطومار و لم يطلعوا عليه أصلًا، فاتفق وقوعهم من أجل ذلك فى مخالفة كثير من النواهى و ترك الأوامر الموجودة فيه، فإنه لا يقبح عقابهم على كل واحد واحد من تلك المخالفات؛ لكفاية الخطاب الإجمالى مع تمكن المخاطب من المعرفة التفصيلية».

أقول: تارة تلحظ الروايتان مع قطع النظر عن التعليل الوارد فيهما، و أخرى مع ملاحظته، ففى الأوّل لا مجال للمناقشة فيهما، لظهورهما فى ان التكليف بمثل الصلاة و الصيام يختص بالمؤمن الذى آمن باللّه و برسوله، و القياس بالمورد المذكور فى كلام الشيخ حينئذ يكون مع الفارق؛ لأن فى

---

(۱) كتاب الطهارة شيخ الأنصارى (ره) باب أحكام غسل الجنابة.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۳۲۲

المقيس عليه يكون المفروض توجه تكليفين من ناحية الملك، أحدهما متعلق بقبول الولاية و الإذعان لها، و الثانى بالايتمار بأوامره و الانتهاء عن نواهيه، و فى المقام لا يكون بحسب ظاهر الرّوايتين حكم مع عدم الايمان باللّه و برسوله، و بعبارة اخرى: ليس الكلام فى

المقام بهذا اللحاظ الّا ما يكون مرتبطاً بمقام الإثبات، و هو انه هل الدليل على عدم الاختصاص أو عليه، موجود أم لا؟ و فى هذه المرحلة لا خفاء فى ظهور الروايتين فى الاختصاص.

و فى الثانى و إن جرت المناقشة فى التعليل؛ لظهوره فى الاستحالة، و لا أقل من الاستهجان، الّا ان هذه المناقشة لا تسرى إلى أصل الحكم المذكور فيهما الذى هو العمدة فى مقام الاستدلال، فاللازم ان يقال: امّا الرواية الثانية الواردة فى تفسير الآية فهى فى مقام بيان تأويل الآية؛ لأن حمل الشرك و الكفر على الشرك بالأوّل و الكفر بالآخرين لا يكون خارجاً عن التأويل بوجه، و لا ينافى الاستناد الى ظاهر الآية الذى هو عبارة عن كون المراد بالشرك و الكفر هو المعنى الظاهر منهما، و عن كون المشركين مأمورين بالزكاة مضافاً الى ان الشرك الملازم لعدم الإتيان بالزكاة ليس الشرك بالمعنى المذكور فى الرواية، فتدبّر. و أمّا الرواية الأولى فهى دالة على عدم كون الكافر مأموراً بالولاية و معرفة الامام، التى هى من الأصول الاعتقادية، مع ان الظاهر انه لا يقول القائل بالاختصاص بذلك أيضاً؛ فإن ظاهرهم التسليم بثبوت التكليف للكافر بالنسبة الى جميع الأصول الاعتقاديّة، فالروايتان لا تصلحان للاستدلال بهما.

و منها و هو العمدة-: ان التكاليف ممتنعة الحصول من الكافر حال

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ٣٢٣

كفره؛ إذ لا إشكال فى اشتراط الصحة بالإسلام و عدم وقوع العبادة من الكافر متصفة بالصّحة، و مقتضى قوله «۱» (ص) الإسلام يجبّ ما قبله، ان الإسلام مسقط لما قبله، فاذا كان كذلك فلا يمكن صدور العمل من الكافر على وجه يوافق الأمر، فلا مجال للقول بكون الكافر مكلفاً بالفروع؛ لعدم جواز التكليف بما لا يطاق عندنا و عند أكثر العقلاء، لو لم يكن ممتنعاً على تقدير الإسلام فهو لغو قطعاً؛ إذ طلب الفعل على تقدير لو أريد الإتيان به على ذلك الفرض أسقط الخطاب خال عن الفائدة بالمرّة.

و الجواب عنه مضافاً الى ان الامتناع بالاختيار لا ينافى الاختيار، و إلى ان قاعدة الجبّ كما مرّ البحث فيها سابقاً لا تشمل جميع التكاليف و الأحكام الوضعيّة ما مرّ فى تلك القاعدة أيضاً من ان هذا الاشكال انما يرد على تقدير اختصاص التكليف بالكافر و كونه المخاطب بالخصوص، و أمّا على تقدير عمومية الخطاب و ثبوت التكليف بنحو العموم، فلا مجال لهذا الإشكال، لأنه لا يعتبر فى التكاليف و الخطابات العامّة ان يكون جميع مصاديقها و أفرادها واجداً للشرائط، فيصح توجيه الخطاب الى العموم و إن كان بعض الافراد عاجزاً غير قادر؛ لانه لا يعتبر فى صحته الّا عدم كون الأكثر كذلك، لا كون كل افراده كذلك، و يدلّ عليه الرجوع الى العقلاء الذين هم الملاك فى الحكم بصحة الخطاب و عدمها، و بالجملة لو كانت الخطابات العامّة منحلة إلى خطابات جزئية متكثرة حسب تكثر الافراد و تعددها، لكان اللازم ملاحظة حال جميع الافراد؛ لفرض الانحلال، و أمّا مع عدم الانحلال كما هو الحقّ، فلا مجال لملاحظة حال الجميع، فالتكليف

---

(۱) عوالى اللئالى ۲: ۵۴ مسند ابن حنبل ۴: ۱۹۹.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ٣٢۴

يشمل العاجز أيضاً فى ضمن العموم، غاية الأمر كون عجزه مانعاً و عذراً له فى مقابل المولى و لا يكاد يكون الكفر كذلك؛ لانّه باختياره، و يمكن له رفع اليد عنه، و هذا المعنى الذى ذكرناه لا يرتبط بمسألة القضية الحقيقية و كون الأحكام مبتيّة بمثلها، بل هو مبنى على كون الخطاب بنحو العموم غير المنحل الى خطابات جزئية و لو لم تكن القضية حقيقية، فإذا قال المولى لعبيده المتعددين: سافروا غداً، يصحّ هذا الخطاب إذا كان أكثرهم قادراً على السفر، و إن كان بعضهم غير قادر عليه، و المصحّح له كون الخطاب بنحو العموم و عدم الانحلال الى خطابات متعددة بتعدّد العبيد مع عدم كون القضية حقيقية بلا ريب، فما ذكرناه مبنى على افتراق الخطاب بنحو العموم عن الخطابات الشخصية، و لا يرتبط بالقضية الحقيقيّة بوجه، و بالجملة فهذا الدليل ايضاً غير وجيه.

و منها: غير ذلك مما يظهر جوابه مما ذكرنا، أو يكون جوابه ظاهراً فى نفسه، مثل لزوم التكليف بما لا يطاق لو كان الكافر مكلفا

بالفروع؛ لانه جاهل بالتكليف و الأمر و النهى، و تكليف الجاهل قبيح، و ما ورد ممّا ظاهره تخصيص الأمر بطلب العلم بالمسلم كقوله «۱» (ص) طلب العلم فريضة على كل مسلم، و اختصاص الخطاب فى ظواهر بعض الآيات بالمؤمنين كقوله تعالى يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ «۲»، و هو يوجب تقييد ما ورد بصورة العموم، و عدم أمر النبى (ص) كل من أسلم بالغسل، مع العلم العادى بأنه جنب، و الجواب عن الأخير: منع عدم الأمر، بل الظاهر

---

(۱) الوسائل ۱۸: ۱۵ ب ۴ من أبواب صفات القاضى ح ۲۷ و ۲۸.

(۲) سورة البقرة الآية: ۱۸۳.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۳۲۵

ان الاغتسال بعد الإسلام، كان من الأمور المعتادة كما هو المتداول فى هذه الأزمنة، و قد مرّ البحث فى هذه الجهة فى قاعدة الجبّ المتقدمة، و قد انقدح من جميع ما ذكرنا تمامية القاعدة من حيث المستند.

المقام الثانى- فى مفاد قاعدة الاشتراک

و المراد منها، و قد مرّت الإشارة إليه مراراً، و لمزيد التوضيح نقول: ان محلّ الاستفادة من القاعدة ما إذا توجه حكم الى شخص أو طائفة بحيث كان المخاطب ببيان الحكم و ثبوته هو ذلک الشخص أو الطائفة، و لا يشمل دليل الحكم بحسب الدّلالة اللفظية غيرهما، فدليل الاشتراک يوجب التعميم و إثبات الحكم لكل من كان مصداقاً لما أخذ موضوعاً لذلک الحكم، يعنى: كان متحد الصنف مع ذلک الشخص أو تلک الطائفة، كما فى مثال زرارة الذى مرّت الإشارة إليه مراراً، و أمّا لو كان الحكم مبيّناً بصورة القضية الحقيقية أو بما يرجع إليها،

---

(۱) سورة الإسراء الآية: ۷۹.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۳۰۶

فلا مجال لقاعدة الاشتراک؛ لشمول الدليل بحسب الدلالة اللفظية للمعدومين، كما يشمل الموجودين فقوله «۱» تعالى وَ لِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا، كما يدل على وجوب الحج على المستطيع الموجود فى زمان نزول الآية و صدور لحكم يدل ايضاً على وجوبه على المستطيع الذى يوجد بعداً، و الدلالة عليه فى عرض الدلالة على الأوّل، و فى مثله لا حاجة الى قاعدة الاشتراک أصلًا.

المقام الثالث- فى موارد تطبيق هذه القاعدة،

و قد ذكرنا ان موارد تطبيقها كثيرة جدّاً، و إن هذه القاعدة مورد للحاجة فى جميع أبواب الفقه، من أوّل كتاب الطهارة إلى آخر كتاب الديات، فإنه ما من مسألة إلّا و قد وردت فيها رواية أو روايات يكون موردها أو المخاطب فيها شخصاً أو طائفة، و تحتاج تسرية الحكم إلى قاعدة الاشتراک، مثل صحيحة زرارة الواردة فى باب الاستصحاب المستدل بها على حجية الاستصحاب؛ فان موردها و المخاطب فيها زرارة، و قد وقع فيها التعبير بقوله «۲» (ع): لأنک كنت على يقين من طهارتک و لا ينبغى ان تنقض اليقين بالشک، و ترى مثله فى أكثر أبواب الفقه، و لا يبعد ان يقال بابتناء الفقه على هذه القاعدة، لأن بيان الحكم بصورة القضية الحقيقية أو بما يرجع إليها لا يبلغ من الكثرة مقدار موارد قاعدة الاشتراک، كما يظهر بمراجعة الكتب الفقهية الاستدلالية، و الأحاديث الواردة فى المسائل الفقهية، فراجع.

المقام الرابع- فی بیان الموارد التی قیل بانخرام القاعدة فیها،

اشارة

و هی

(۱) سورة آل عمران الآیة ۹۷.

(۲) الوسائل ۲: ۱۰۶۵ ب ۴۴ من أبواب النجاسات ح ۱.

لنکرانی، محمد فاضل موحدی، القواعد الفقهیة (للفاضل)، در یک جلد، ه ق

القواعد الفقهیة (للفاضل)؛ ص: ۳۰۷

القواعد الفقهیة (للفاضل)، ص: ۳۰۷

متعددة:

منهـا: مسألـة الظهر و البطن فی الوضوء للرجل و المرأة، فإنه یسـتحب علی الرجل صب الماء ابتـداء علی ظهر الیـد، و علی المرأة صـبه کذلک علی بطنها، و قد ورد فیه روایة «۱» محمد بن إسماعیل بن بزیع عن ابی الحسن الرضا (علیه السلام) قال: فرض اللّه علی النساء فی الوضوء للصلاة ان یبدأن بباطن أذرعهنّ، و فی الرجال بظاهر الذراع.

و منها مسألة الستر الواجب شـرطاً فی الصـلاة، فإنه یجب علی الرجل ستر العورتین فقط، و علی المرأة ستر تمام البدن، ما عدا الوجه و الکفین و القـدمین، و قد وردت فیه روایات متعددة یسـتفاد منها التفصـیل بهذه الکیفیة، و هکذا الستر الواجب نفسـیّاً، و إن کان بعض المستثنیات للمرأة محلّ مناقشة و إشکال.

و منهـا مسألـة الجهر و الإخفـات، فـإنه یتعین علی الرّجل الجهر فی الصـلوات الجهریـة، و علی المرأة الإخفات فیها، و لا أقل من عـدم تعین الجهر علیها.

و منهـا مسألـة لبس الـذهب و الحریر، فـإنه لا یجوز للرجال مطلقا لا فی حال الصـلاة و لا فی غیرها، بخلاف النساء، فإنه یجوز لبسـهن لهما مطلقا.

و منهـا: غیر ذلـک من الموارد الکثیرة، مثـل کیفیـات قیامهـا و قعودهـا فی الصـلاة، و جواز لبس المخیـط فی الإحرام، و عـدم وجوب الجهاد ابتداء علیها، و قبول توبتها إذا کانت مرتدة عن فطرة، و عدم الجز و التغریب

(۱) الوسائل ۱: ۳۲۸ ب ۴۰ من أبواب الوضوء ح ۱.

القواعد الفقهیة (للفاضل)، ص: ۳۰۸

علیها فی باب الزّنا، و عدم جواز إمامتها للرجال، و عدم رجحان خروجها الی المسجد، و عدم وجوب الجمعة علیها، و تحریم لبس ما یستر ظهر القدم و التظلیل فی الإحرام للرجل دون المرأة، و أفاضتها من المشعر قبل الفجر، و غیر ذلک من الموارد.

هذا و الظاهر ان خروج هذا الموارد عن قاعدة الاشتراک لیس بنحو التخصـیص حتی یوجب انخرام القاعدة، بل بنحو التخصـص الذی مرجعه الی عـدم کونه داخلًا فی القاعـدة من الأـوّل؛ ضـرورة ان موردهـا کمـا عرفت مراراً مـا إذا ورد حکم فی مورد أو خطـاب الی شخص أو طائفـة، و لم یقم دلیل علی الاختصاص و لا علی عـدمه، و کان غیر ذلک المورد أو غیر ذلک الشـخص أو الطائفـة متّحـداً

معه فى الجهات و الخصوصيات، فمقتضى قاعدة الاشتراك هو العموم و الشمول، و أمّا لو كان الدليل بنفسه دالّاً على الاختصاص، فلا مجال لقاعدة الاشتراك، فاذا دل الدليل على الفرق بين الرجل و المرأة فى الجهر و الإخفات و فى الستر الواجب نفساً أو شرطاً، و كذا فى باب الوضوء و حدّ الزنا و مثلها، فلا يكون مثله مورداً للقاعدة حتى يكون خارجاً عنها، أ فهل يمكن ان يقال: إن المسافر و الحاضر خارجان عن القاعدة تخصيصاً؟ أو المستطيع و غير المستطيع فى باب الحج أو العناوين التسعة المرفوعة فى حديث الرفع «۱» فهل رفع الحرمة عن شرب الخمر الواقع اكراهاً قد خرج عن القاعدة كذلك؟ من الواضح خلافه؛ فان قيام الدليل على اختصاص حكم بعنوان يوجب خروجه عن مجرى القاعدة تخصّصاً، فالظاهر عدم انخرام القاعدة فى شيء من الموارد.

---

(۱) التّوحيد: ۳۵۳ و المحاسن: ۳۳۶.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۳۰۹

المقام الثانى – فى مفاد القاعدة و ما يراد منها،

و فنقول: المراد منها هو مجرّد اشتراك الكفار مع المؤمنين فى التكاليف الإنشائية و الفعلية البالغة مرتبة البعث و الزجر، بمعنى انه كما يكون المسلم مبعوثاً الى مثل الصلاة كذلك يتوجّه البعث الى الكافر ايضاً من دون فرق، و كما يكون المسلم مزجوراً عن مثل شرب الخمر كذلك يتوجّه الزجر الى الكافر ايضاً بنفس ذلك الخطاب، و أمّا مرحلة التنجز المتوقفة على الالتفات و العلم أو الاحتمال الذى لا يكون معذوراً فيه، فتتوقف فى الكافر على شرائطها كما تتوقّف فى المسلم، و عليه فالتكليف فى أكثر الكفار لا يبلغ هذه المرحلة للغفلة أو العلم بالخلاف، باعتبار اعتقادهم بصحة مذهبهم أو بطلان الإسلام بالمرّة، و منه يظهر انه لا- مجال لعطف العقاب على التكليف فى أكثر العبارات؛ فإن دائرة العقاب محدودة ببلوغ التكليف مرحلة التنجز، بخلاف أصل التكليف الذى لا- يشترط فيه الإسلام و لا العلم و الالتفات أصلًا، كما لا يخفى.

المقام الثالث – فى انه بعد أن لم يكن الإسلام شرطاً فى أصل التكليف و فعليّته، فهل يكون شرطاً فى الصحة

اشارة

إذا كان العمل عبادة، أم لا يكون شرطاً فيها ايضاً؟ ربما يقال: نعم؛ لإجماع الأصحاب عليه فى ما عدا الوقف و الصدقة و العتق، على القول باشتراط نيّة القربة فيها، و لاشتراط نيّة القربة فى صحة العبادة، و هى لا تتحقق من الكافر و لقوله تعالى: وَ مٰا مَنَعَهُمْ أَنْ

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۳۲۶

تُقْبَلَ مِنْهُمْ نَفَقٰاتُهُمْ إِلّٰا أَنَّهُمْ كَفَرُوا بِاللّٰهِ وَ بِرَسُولِهِ «۱». و لدلالة الآيات الكثيرة على كون الكفار معذّبين بالنّار خالدين فيها، و لو كانت عباداتهم صحيحة لزم وصول الأجر إليهم فى الآخرة و هو منفىّ بالآيات المذكورة، و لقوله تعالى إِنَّمٰا يَتَقَبَّلُ اللّٰهُ مِنَ الْمُتَّقِينَ بضميمة انّ أوّل التقوى الإسلام، و لدلالة الأخبار الكثيرة على بطلان عبادة المخالف، فضلًا عن الكافر.

و أجيب عن الإجماع بأنه لا أصالة له؛ لاحتمال استناده إلى الأدلة الأخرى، و عن مسألة قصد القربة بان عدم إمكانه انّما هو فى الكافر الجاحد بالربوبيّة مطلقا، و أمّا الكافر المقر باللّه المنكر لصفة الوحدانية أو للنبوة، فيعقل فيه قصد القربة، خصوصاً إذا كان من المنتحلين للإسلام كالغلاة و النواصب، و ترى أهل الكتاب يجتمعون فى معابدهم و يعملون اعمالًا يكون الداعى لهم إليها التقرب الى اللّه تعالى بالمعنى الشامل للوصول الى الثواب و الفرار عن العقاب.

نعم يمكن ان يقال: إن العمل العبادى الذى يكون فى الإسلام و ليس له سابقة فى الأديان لا يكون الكافر المنكر للنبوة معتقداً بكونه

مأموراً به من اللّه تعالى و مقرباً للعبد اليه، و عليه فكيف يتمشى منه قصد القربة مع هذا الاعتقاد؟ نعم، يمكن فرضه في الأعمال العبادية المشتركة، و هي قليلة؛ إذ الاختلاف موجود و لا أقل في الكيفية.

و أجيب عن الاستدلال بقوله تعالى وَ مٰا مَنَعَهُمْ أَنْ تُقْبَلَ .. بان القبول أخص من الصّحة، و فيه ان المراد بالقبول ان كان ترتب الثواب فهو لا ينفك عن الصحة؛ لأنه إذا كان العمل موافقاً للمأمور به جامعاً لجميع

---

(۱) سورة التوبة، آية ۵۴.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۳۲۷

الخصوصيات المعتبرة فيه، فلاـ محالة يكون صحيحاً و تترتب عليه المثوبة، و إن كان المراد به ما هو أعلى من ترتب الثواب، فهو ممنوع؛ فان القبول الفقهي مساوق للصحّة، و دعوى ان ضمير الجمع في الآية يرجع الى المنافقين، و البحث انّما هو في الكافرين، مدفوعة بأن ظاهر الآية: ان المانع من القبول هو الكفر باللّه و الرّسول لا عنوان النّفاق.

و أجيب عن الآيات الدالة على ان الكفار معذبين بالنّار بأنه لا ينافي صحة أعمالهم و المثوبة عليها في الدنيا، و يمكن ان يقال بتأثير عملهم في تخفيف العذاب، فان للنار مراتب متفاوتة بالشدة و الضعف، كما انه يمكن ان يقال: إن التعذيب بالنار انما هو لأجل عدم إتيانهم خارجاً بما هو وظيفة لهم، و البحث انّما هو في الصحة على تقدير الإتيان، و بعبارة اخرى: ما ذكر في مقام الاستدلال من انه لو كانت عباداتهم صحيحة لزم وصول الأجر إليهم في الآخرة، لا بد ان يكون المراد بالعبادات الواردة هي العبادات التي حثّ عليها في الإسلام، و من الواضح عدم إتيانهم بشيء منها خارجاً، فلا ينافي كونهم معذبين بالنار خالدين فيها، كما هو ظاهر.

و أمّا الأخبار الدالة على بطلان عبادة المخالف، فظاهر أكثرها مثل الرواية «۱» المعروفة الدالة من انه بني الإسلام على خمس، و من جملتها الولاية، و انه لم يناد أحد بشيء مثل ما نودي بالولاية، و إنَّ عمل غير القائل بالولاية لمّا لم يكن بدلالة الوالي لا يكون من حيث الصحة مورداً للاطمئنان؛ لعدم أخذه علم الاحكام من العالم بها المطّلع عليها، و لا دلالة له على البطلان مع الموافقة التامّة و اجتماع شرائط الصّحة، لأجل عدم

---

(۱) الوسائل ۱: ۷ ب ۱ من كتاب الطهارة ح ۲.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۳۲۸

الاعتقاد بالولاية.

هذا و مع ذلك كلّه لا يبعد القول ببطلان عبادة الكافر و إن كانت مشتملة على نية القربة؛ لتمامية بعض الوجوه المذكورة، فتدبّر.

و أمّا الوقف و الصدقة و العتق فقد ذكر صاحب العناوين «۱»: «ان بعض من اعتبر قصد القربة فيها منع من صحتها من الكافر، و جماعة منهم قالوا بصحّته، منهم الشهيد (ره) في اللمعة «۲»؛ فإنه مع اشتراطه القربة في العتق؛ قال: و الأقرب صحة العتق من الكافر، و خلافهم في هذه الثلاثة مع اتفاقهم على بطلان سائر العبادات منه، امّا من جهة ان الدليل دلّ في هذه الأمور على اعتبار ارادة وجه اللّه، و هي ممكنة من الكافر كما في الخبر: انه لا عتق الّا ما أريد به وجه اللّه، و ليس كذلك سائر العبادات، و قد عمل بذلك الشهيد الثاني (قده) و أمّا من جهة تركب هذه الثلاثة من جهة ماليّة و جهة عبادة، و يرجّح من ذلك جانب الماليّة، و أمّا من جهة ان هذه كلها إخراج عن الملك و ملك الكافر أضعف من ملك المسلم، فهو اولى بالفك، و أمّا من جهة ان الكافر ليس بمالك في الحقيقة و انّما هي صورة ملك، لبقاء النّظم، فإذا أخرجه و دفعه خرج عن ملكه و إن لم يترتب عليه الآثار من الثواب و نحوه، ثمّ قال: و التحقيق ان هذه الثلاثة ليست صحيحة من جهة كونها عبادة، و لذلك لا ثواب فيها، نعم هي صحيحة من جهة كونها معاملة و فكّ ملك، غاية ما هناك انّه يرد انّ هاتين الجهتين مرتبطتان لا تنفك إحداهما عن الأخرى، و لذلك لو لم ينو المسلم القربة، لم يصح عتقه أصلًا، و

نجيب

(۱) كتاب العناوين لسيد مير فتاح: ۳۹۶ عنوان ۹۰

(۲) اللمعة ۶: ۲۴۲ و ۲۴۳.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۳۲۹

عن ذلك بان الكافر و المخالف يلزم بمعتقده، فان اعتقاده فيه الصحة، و هذا المقدار يصير حجة عليه في الخروج عن الملك، و يدخل في عموم ألزموهم بما الزموا به أنفسهم».

أقول: على تقدير القول ببطلان عبادة الكافر، لا بد من الالتزام بالبطلان في هذه الثلاثة أيضاً؛ إذ لم يقم دليل على الصحة فيها، حتى يوجّه بما ذكر، و قاعدة الإلزام على تقدير جريانها في الكافر مع ان موردها المخالف تقتضى الحكم بصحة عباداته أيضاً، الّا ان يقال بالفرق بينها و بين مثل الصلاة فتدبّر.

هذا تمام الكلام في قاعدة اشتراك الكفار مع المؤمنين في التكليف.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۳۳۱

الأوّل عموم الأدلة الواردة في هذه الاحكام

مثل قوله (ص) على اليد ما أخذت حتى تؤدّى «۱» و قوله (ص): ايضاً من أحيا أرضاً مواتاً فهى له «۲» و قوله (ع): من حاز شيئاً من المباحات فقد ملكه «۳» و قوله (ع): من أتلف مال الغير فهو له ضامن «۴» و ما ورد في باب الجنابة و كون الوطى

(۱) سنن البيهقى ۶: ۹۵ كتاب الغصب و عوالى اللئالى ۱: ۲۲۴.

(۲) الوسائل ۱۷: ۳۲۷ ب ۱ من كتاب احياء الموات ح ۵ و ۶. و فى سنن أبى داود ۳: ح ۳۰۷۳ و ۳۰۷۴ كتاب الخراج.

(۳) هذه قاعدة معروفة بين العلماء اصطاد و ها من نصوص مختلفة.

(۴) من المحتمل قويّاً كونها قاعدة مأخوذة من الروايات الواردة.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۳۳۲

و الإدخال المتحقق بغيبوبة الحشفة سبباً لتحقّقها، و ما ورد في باب الملاقاة للنجاسة و انها سبب لتأثر الملاقى بالكسر و حصول النجاسة له، و ما ورد في باب الالتقاط، و ما ورد في باب الدّيات و مثلها من الأدلّة.

و دعوى انصراف مثل ذلك الى البالغين، لان سياقها كسياق الأدلة الواردة في الأحكام التكليفية، مدفوعة بأن أدلّة التكاليف ايضاً لا يجرى فيها الانصراف، و اختصاصها بالبالغين انّما هو لقيام الدليل على الاختصاص، و هو لا يجرى في الأحكام الوضعية كما سيأتى، كما ان دعوى ان قيام الدليل على الاختصاص فيها بحيث صار مرتكزاً في أذهان المتشرعة حتى يعبرون عن غير البالغ بغير المكلف و عن البالغ بالمكلف، يوجب تحقق الانصراف في هذه الأدلة، مدفوعة بمنع وجود ملاك الانصراف في المقام، بل اللفظ عام لغة و عرفاً، مضافاً الى انه يستفاد منه العليّة الثابتة للعمل، مع قطع النظر عن خصوصية المباشر، فان قوله (ص): من أحيا أرضاً .. ظاهر في ان الاحياء سبب لحصول الملك و الاختصاص، فالسببية وصف للاحياء، و لا خصوصية للمحيي بوجه و هكذا سائر الأدلّة.

الثانى الإجماع المتحقق لكل متتبع في الفقه؛

لانه لم ينقل الخلاف عن أحد فى ثبوت الضمان على الصبى الغاصب، و كذا ثبوته على الصبى الذى أتلف مال الغير، و هكذا سائر موارد الأحكام الوضعية، نعم يظهر من العبارة الآتية من الشيخ الأعظم وجود الخلاف فى سببية الإتلاف فى الصبىّ، و هل لهذا الإجماع أصالة و كاشفية أم لا كما فى أكثر الإجماعات المحققة فى سائر القواعد الفقهية؟ ربما يقال بالأوّل؛ نظراً الى ان ثبوت

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۳۳۳

الاتفاق على مثل الضمان فى الموردين، و الاختلاف فى شمول الأدلة اللفظية المتقدمة لغير البالغين كاشف عن كاشفية الإجماع و أصالته؛ لانه لو كان نظر المجمعين الى تلك الأدلة لكان اللازم الاختلاف لثبوته فيها.

الثالث سيرة العقلاء قاطبة على ان الصّبى إذا أتلف مال الغير أو غصبه فوقع تلف المغصوب فى يده مثلًا يكون ضامناً

للمتلف أو المغصوب، و لم يردع الشارع عن هذه السيرة بل أمضاها بالأدلة العامة و المطلقة المتقدمة.

و يدفعه مضافاً الى منع تحقق السيرة العقلائية فى جميع الموارد، لأنّه إذا كان غير مميز و فاقداً للإدراك و الشعور لا يحكمون بضمانه بوجه، و إلى ان الأدلة العامّة لا مجال لإيرادها بعنوان الإمضاء بعد كونها دليلًا مستقلا بنفسه ان السيرة المتحققة هى سيرة المتشرعة، و هى ناشئة عن فتاوى مجتهديهم و آراء مقلديهم، و لا تكون دليلًا فى مقابل الإجماع.

و قد انقدح مما ذكرنا تمامية القاعدة من حيث المستند، و لكن ربما يتخيل ان فى مقابل تلك الأدلة ما ورد من قول علىّ (عليه السلام): اما علمت رفع القلم عن ثلاثة عن الصّبى حتى يحتلم و عن المجنون حتى يفيق و عن النائم حتى يستيقظ «۱» نظراً الى ظهوره فى انه لم يكتب على الصبى قبل الاحتلام شىء، و لم يجعل عليه فى الإسلام حكم لا- تكليفاً و لا وضعاً؛ لانه مقتضى إطلاق رفع القلم، فهذه الرواية بمنزلة المخصص لتلك الأدلة اللفظية، كما انها تخصص ما ورد فى باب التكاليف مثل قوله تعالى أَقِيمُوا

(۱) الوسائل ۱: ۳۲ ب ۴ من أبواب مقدمة العبادات ح ۱۱.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۳۳۴

الصَّلاةَ* «۱».

و يرد عليه مضافاً الى عدم نهوض مثل ذلك فى مقابل الإجماع المحقق، الّذى عرفته لكونه؛ دليلًا قطعيّاً لا يقاومه شىء، و إلى ان الظاهر من رفع القلم فى نفسه هو رفع قلم المؤاخذة المتفرعة على التكاليف الإلزامية الوجوبية أو التحريمية؛ لان مخالفتها توجب استحقاق العقوبة و المؤاخذة، و عليه لا تشمل الرواية حتى التكاليف و الأحكام الاستحبابية و مثلها، فضلًا عن الأحكام الوضعية التى هى محل البحث فى المقام، و يؤيده عطف النائم على الصبى مع ثبوت الحكم الوضعى فى حقّه. ما افاده الشيخ الأعظم الأنصارى فى مكاسبه «۲» فى مقام استظهار عدم الاعتبار بعقد الصبى و إيقاعه مع وقوعه عن قصد من حديث رفع القلم قال: بل يمكن بملاحظة بعض ما ورد من هذه الاخبار فى قتل المجنون استظهار المطلب من حديث رفع القلم، و هو ما عن قرب «۳» الاسناد بسنده عن أبى البخترى عن جعفر عن أبيه عن على (عليهم السلام) انه كان يقول فى المجنون و المعتوه الذى لا يفيق و الصبى الذى لم يبلغ: عمدهما خطأ تحمله العاقلة، و قد رفع عنهما القلم، فان ذكر رفع القلم فى الذيل ليس له وجه ارتباط الّا بان يكون علة لأصل الحكم و هو ثبوت الدية على العاقلة، أو بان يكون معلولا لقوله عمدهما خطأ يعنى: انه لما كان قصدهما بمنزلة العدم فى نظر الشارع و فى الواقع، رفع القلم عنهما، قال: و لا يخفى ان ارتباطها بالكلام على وجه

(۱) سورة البقرة الآية: ۴۳.

(۲) المكاسب: ۱۱۴.

(٣) راجع الوسائل ١٩: ٣٠٧ ب ١١ من أبواب العاقلة مع اختلاف يسير.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ٣٣٥

العليّة أو المعلولية للحكم المذكور في الرّواية أعني: عدم مؤاخذة الصبيّ و المجنون بمقتضى جناية العمد و هو القصاص، و لا بمقتضى شبه العمد و هو الدية في مالهما، لا يستقيم الّا بان يراد من رفع القلم ارتفاع المؤاخذة عنهما شرعاً من حيث العقوبة الأخرويّة و الدنيوية المتعلقة بالنفس كالقصاص، أو المال كغرامة الدية، و عدم ترتب ذلك على أفعالهما المقصودة المتعمدة بما لو وقع من غيرهما مع القصد و التعمد لترتب عليه غرامة أخروية أو دنيوية، الى ان قال: ثمّ ان مقتضى عموم هذه الفقرة بناء على كونها علة للحكم عدم مؤاخذتهما بالإتلاف الحاصل منهما، كما هو ظاهر المحكى عن بعض الّا ان يلتزم بخروج ذلك عن عموم رفع القلم و لا يخلو من بعد لكن هذا غير وارد على الاستدلال؛ لانه ليس مبتياً على كون رفع القلم علة للحكم؛ لما عرفت من احتمال كونه معلولًا لسلب اعتبار قصد الصبى و المجنون، فيختص رفع قلم بالمؤاخذة على الأفعال التى يعتبر فى المؤاخذة عليها قصد الفاعل، فيخرج مثل الإتلاف، فافهم و اغتنم».

أقول: محصّل مرامه اختصاص حديث رفع القلم بالافعال التى يعتبر فى ترتب الأثر عليها و ثبوت المؤاخذة بها قصد الفاعل، كالقتل بالنسبة إلى القصاص، أو أخذ الدية من ماله، و كالانشائيات فى باب العقود و الإيقاعات و أمّا مثل الإتلاف فلا دلالة للحديث على عدم ثبوت المؤاخذة به فى ماله؛ لانه لا يعتبر فى ترتب الحكم بالضمان عليه صدوره عن قصد و التفات؛ ضرورة ان إتلاف النائم موجب لضمانه مع وقوعه عن غير قصد، فيكون إتلاف الصبىّ كذلك.

و لكن يرد اشكال على الشيخ (قده) بناء على ما اختاره فى باب

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ٣٣۶

الأحكام الوضعية من عدم كونها مجعولة مستقلة كالأحكام التكليفية، بل انّما هى منتزعة عنها و مأخوذة منها، فالزوجية منتزعة من جواز الوطى و الاستمتاع مثلًا و الملكية مأخوذة من جواز التصرف المطلق، و الضمان فى باب الإتلاف مثلًا منتزع من لزوم أداء المثل أو القيمة عقيبه، و خلاصة الاشكال: انه إذا لم تكن الأحكام الوضعية مستقلة بالجعل، بل كانت منتزعة عن التكاليف و متفرعة عليها، فاللازم الالتزام بعدم ثبوتها فى الصبى؛ لعدم ثبوت التكليف فى حقّه، فاذا لم يكن الصبى مكلّفاً بلزوم أداء المثل أو القيمة عقيب الإتلاف؛ لأنه حكم تكليفى و هو غير ثابت فى حقّه، فكيف يكون إتلافه سبباً للضمان، مع ان الضمان منتزع عن التكليف على ما هو المفروض؟

بل يمكن توسعة دائرة الإشكال بناءً على القول المشهور من استقلال الأحكام الوضعية فى الجعل كالأحكام التكليفية أيضاً؛ نظراً الى ان اعتبار الأحكام الوضعية و جعلها سواء كان جعلًا تأسيسيّاً أو إمضائياً لما عليه العقلاء و العرف، انّما هو بلحاظ الأحكام التكليفية المترتبة عليها، و إلا يصير لغواً بلا فائدة، فإن اعتبار الزوجية بين الرجل و المرأة انّما يصح إذا كانت موضوعة لأثر مثل جواز النظر و الاستمتاع و الوطى، و كذا الملكية فى باب البيع و مثله، و كذا الضمان فى باب الإتلاف مثلًا- فان الحكم بثبوت الضمان فيما إذا أتلف مال الغير انّما لا يكون لغواً إذا كان الضمان موضوعاً لوجوب أداء المثل أو القيمة، و بدونه يكون لغوا غير ملائم للصدور عن العاقل، فضلًا عن الشارع الحكيم.

و حينئذ إذا فرض فى مورد عدم ثبوت الحكم التكليفى كما فى الصبى

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ٣٣٧

الذى هو مفروض البحث، فكيف يصحّ جعل الحكم الوضعى؟ و لو قيل باستقلاله فى الجعل و الاعتبار؟ و قد أجيب عن الاشكال مضافاً الى النقض بالنائم الذى لا شبهة فى ضمانه فى مثل الإتلاف بوجهين:

أحدهما: ان ثمرة جعل الحكم الوضعى فى الصبىّ هو وجوب تفريغ ذمته على الولىّ، و لا مانع من ان يكون فعل الصبى موضوعاً

للحكم التكليفى الإلزامى على شخص آخر، كما مرّ فى الرواية «١» الواردة فى جنايته العمدية الدالة على ان عمد الصبى خطأ و الدّية تحملها العاقلة، و فى المقام لا مانع من ان يكون إتلافه سبباً لضمانه، و أثر الضمان وجوب أداء المثل أو القيمة من مال الصبى على الولىّ.

و الآخر: ان ثمرته ثبوت الحكم التكليفى عليه بعد بلوغه، مضافاً الى ان من أحكام الضمان جواز الإبراء، و هو ثابت قبل البلوغ، و دعوى انه لم لا يجعل إتلافه سبباً لضمانه بعد البلوغ بحيث يكون الحكم الوضعى ثابتاً بعد البلوغ أيضاً:؟ مدفوعة مضافاً الى كونها خلاف ظاهر الدليل إِذ ان مقتضاه ترتب الضمان بمجرد الإتلاف لا الفصل بينهما بان لازم ذلك كون السببية مجعولة لفعل الصبى، و السببية ايضاً من الأحكام الوضعية، فما الفرق بينها و بين الضمان؟ فتدبر، و قد انقدح من جميع ما ذكرنا تمامية القاعدة ثبوتاً و إثباتاً.

الجهة الثانية – فى بيان المراد من القاعدة

و هو كما ظهر مما تقدم فى الجهة الأولى الفرق بين الأحكام التكليفية و الأحكام الوضعية باختصاص الاولى بالبالغين و شمول الثانية لغير البالغين ايضاً، فكما ان إتلاف البالغ لمال

---

(١) راجع الوسائل ١٩: ٣٠٧ ب ١١ من أبواب العاقلة.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ٣٣٨

الغير موجب لضمانه له، كذلك إتلاف الصبىّ غير البالغ و لو كان فاقداً للتمييز و الشعور، كما انه ظهر مما ذكرنا هناك ان المراد بالأحكام الوضعية الثابتة لغير البالغين أيضاً هى الأحكام الوضعية التى لم يؤخذ فى موضوعها القصد و الالتفات، كالإتلاف و الحيازة و الغصب و الجنابة و سائر الاحداث، و أمّا ما أخذ فى موضوعها القصد كالإنشاء فى باب المعاملات و العقود و الإيقاعات كالبيع و العتق و الطلاق، فلا تكون ثابتة فى حق الصبىّ؛ لما ورد من ان عمده خطأ و قصده كلا قصد، فلا تترتب الزوجية على العقد الصادر من الصبى، و لا الملكية على إنشائه للبيع، و لا الفراق على إنشائه للطلاق، و هكذا، فالمراد من الأحكام الوضعية التى هى محلّ البحث فى المقام غير هذا النحو من الاحكام.

الجهة الثالثة – فى موارد تطبيق القاعدة،

اشارة

و هى كثيرة منتشرة فى أبواب الفقه؛ لما عرفت من كون المراد عموم الأحكام الوضعية من ناحية، و خصوصها من جهة اختصاصها بما لم يؤخذ فى موضوعها عنوان القصد و الإتلاف، و عليه فمواردها مثل الجنابة الحاصلة له بغيبوبة الحشفة فى أحد الفرجين، و الحدث الحاصل له من أسبابه كالبول و الغائط و النوم و الريح، و الضمان الحاصل فى مورد إتلاف مال الغير أو غصبه، و الملكية الحاصلة له بسبب الحيازة أو الإحياء، و الدية الثابتة عليه بالإتيان بموجبها المذكور فى كتاب الديات، و غير ذلك من الموارد المجعول فيها حكم وضعى مع الشرط المذكور، أو الإضرار بطريق المسلمين أو مثلها، و المناقشة فى بعضها كما ربما يتراءى فى بعض الكلمات، انّما هى لأجل المناقشة فى ثبوته بالنسبة إلى البالغ ايضاً، لا لأجل المناقشة فى خصوص الصبى كما لا يخفى.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ٣٣٩

هذا تمام الكلام فى مسألة عدم شرطية البلوغ فى الأحكام الوضعية.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ٣۴١

الأوّل ان عبادات الصبیّ شرعیة

بمعنی کونها مندوبة للصبی، و إن کانت واجبة علی البالغ، و أثر الندب استحقاق الأجر و الثواب الأخروی علی تقدیر إتیانها بقصد الامتثال و نیّة القربة، کما ان المحرمات فی حقه مکروهة، و لو ترکها بقصد الإطاعة و بداعی کونها مکروهة یستحق علی ترکها، الثواب فالحکم المرفوع عن الصبی خصوص الحکم اللزومی من الوجوبی و التحریمی، و إلا فأصل العبادیة الملازم للرّجحان باق بحاله، فالأحکام الخمسة التکلیفیة الاصطلاحیة ثلاثة فی حق الصبی: الاستحباب و الکراهة و الإباحة، فالأوّل شامل للمستحبات، الواجبات و الثانی للمحرمات و المکروهات، و هذا لا ینافی توجه الأمر إلی الولی بعنوان التمرین، لان کون ثواب التمرین للولیّ لا ینافی کون الفعل مما فیه ثواب للطفل الفاعل له، کما لا یخفی، و قد حکی هذا القول عن مشهور الأصحاب (رضوان اللّه علیهم أجمعین).

الثانی انّ هذه العبادات من الأطفال تمرینیّة صرفة،

و لا یترتب علیها أجر و ثواب من اللّه تعالی بالنسبة إلی الصبیّ؛ لعدم توجه خطاب الیه و لو بنحو الاستحباب أو الکراهة، و لو کان مراهقاً قریب العهد الی البلوغ، و کان واجداً للإدراک و الشعور کاملًا، غایة ما هناک ترتّب الثواب علی عمل الولی و تمرینه و تعویده لکونه مأموراً بذلک و لو بالأمر الاستحبابی، و لا تدخل هذه المسألة فی مسألة الأمر بالأمر بالشیء، حتی ملازم للأمر بالشیء فیصیر عمل الصبی مأموراً به استحباباً؛ و ذلک لان مورد المسألة ما إذا کانت المصلحة قائمة بنفس ذلک الشیء؛ و المولی حیث لا یکون قادراً علی مخاطبة جمیع عبیده مثلًا؛ لعدم حضورهم عنده، یأمر

القواعد الفقهیة (للفاضل)، ص: ۳۴۳

العبد الحاضر بأمر الباقین بإتیان ما تقوم به المصلحة المنظورة للمولی، و أمّا فی المقام فالمفروض ان الغرض من أمر الولیّ لیس تحقق الصلاة من الطفل، بل الغرض تحقق التمرین و التعوید، و فی الحقیقة یکون المأمور به ذلک، و المصلحة قائمة به، الّا ان یقال بعدم تحقق التمرین و العادة بمجرد أمر الولی الطفل بالصلاة مثلًا فإنه إذا لم تتحقق من الطفل الموافقة لأمر ولیه و الصلاة مکرراً لا تتحقق العادة بوجه، و علیه فالعادة حاصلة بفعل الطفل، فاذا فرض قیام المصلحة بها، ففی الحقیقة یکون فعل الطفل مشتملًا علی المصلحة، لا بعنوان الصلاة بل بعنوان حصول الاعتیاد، لکنه یرجع ایضاً الی عدم کون الصلاة ذات مصلحة، فلا تکون شرعیة، فتدبّر.

الثالث ان عبادات الصبیّ شرعیة تمرینیّة لا انّها شرعیة أصلیّة،

و المراد بذلک انّ إتیان الصبی لها مطلوب للشارع لا نفسها، بل لحصول التعود و التمرن علی العمل بعد البلوغ، فصلاة الصبی فیها جهتان: جهة کونها صلاة و هذه الجهة ملغاة فی الصبیّ لا فرق بین کونها صلاة أو قیاماً أو نوماً أو نحو ذلک، فی انه لا رجحان فیها بالنسبة إلیه و لا یترتب علیها أجر من هذه الجهة، و جهة کونها تعوّداً علی شیء یکون مطلوباً بعد البلوغ، و إن کان لاغیاً الآن فی حدّ ذاته، و هذه الجهة مطلوبة للشارع و یترتب علیها الثواب، ففی الحقیقة یکون الطفل مأموراً بالتمرّن و التعوّد و یثاب علیه، لا علی أصل العبادة، حکی هذا القول عن جماعة من المتأخرین منهم الشهید الثانی، و ربما یظهر من المحکی عن بعضهم تنزیل کلام المشهور ایضاً علی ذلک لا الشرعیة بالمعنی الأوّل.

و الثمرة بین هذا القول و القول الثانی بعد اشتراکهما فی بطلان عبادة

القواعد الفقهیة (للفاضل)، ص: ۳۴۴

الصّبى، و عدم إمكان رعاية قصد الامتثال فيها، لعدم رجحانها بالنسبة إليه أصلًا تظهر فى ترتب الثواب و حصول الأجر للصبى و عدمه، فإنه بناء على القول الثانى يكون الصّبى بعيداً عن الثواب بمراحل؛ لعدم تعلق خطاب به بوجه، غاية الأمر كون الولىّ مستحقّاً للثواب إذا أمر الصبى بالعبادة و حمله عليها، و أمّا بناء على القول الثالث فالصبى يستحق الثواب باعتبار التمرّن و التعوّد لكونه مأموراً به و لا ينافى استحقاق الولى من جهة موافقة الأمر بالتمرين و التعويد، نعم لا يستحق الصبى ثواباً من جهة أصل العبادة و تحقق الصلاة و الصيام و نحوهما.

و أمّا الفرق بين هذا القول و القول الأوّل المبنىّ على الشّرعية الأصلية بعد اشتراكهما فى استحقاق الصبى للثواب و الأجر، غاية الأمر ان استحقاقه له فى الأوّل انّما هو لأجل تحقق العبادة المطلوبة منه و لأجل الإتيان بالصلاة الصحيحة مثلًا و فى الثانى انّما هو لأجل التمرّن و التعوّد لا لحصول الصلاة فهو ان العبادة بناء على القول الأوّل تكون متصفة بالصّحة لاحتوائها جميع الشرائط المعتبرة فيها، فيجوز ان تقع نيابة عن الغير حيّاً كان أو ميّتاً، و سواء كانت فى مقابل الأجرة أو بدونها، و أمّا بناء على القول الثالث فلا تتصف بالصّحة أصلًا؛ لعدم كونها ذات مصلحة و مطلوبة للشارع، و الغرض حصول التمرن و التعود، و هو يتحقق بالمباشرة و لا يكون قابلًا للنيابة بوجه، و لا يكون فى أصل الفعل ثواب قابل للرجوع الى شخص آخر، فلا يمكن ان تقع نيابة عن الغير مطلقا.

و ربما يقال بظهور الثمرة فى نية العبادات الواجبة، فعلى التمرين ينوى الوجوب، و على الشرعية ينوى الاستحباب؛ لانه بناء عليها يكون جميع

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۳۴۵

العبادات مستحبة بالنسبة إلى الصّبى.

و لكن الظاهر انه بناء على التمرين لا يلزم نيّة الوجوب؛ لانه و إن كان بناء عليه يكون المطلوب حصول صورة العمل بالنحو الذى يقع من البالغ، الّا ان لزوم نية الوجوب ممنوعة؛ لأن الغرض حصول التمرين العملى ليسهل عليه الإتيان به بعد البلوغ، و لا دخالة للنيّة فى ذلك فتدبّر.

الرّابع ان عبادات الصّبى شرعية

فيها ثواب أصل العمل مثل ثواب عمل البالغ، لكنه فى الصبى يرجع الثواب إلى الولىّ و لا يستحقّه الصغير بوجه.

الخامس التفصيل بين العبادات الواجبة كالفرائض اليومية و بين العبادات المستحبة

كصلاة الليل، بالقول بالشرعية فى الثانية و عدمها فى الأولى.

الجهة الثانية- فى أدلة الأقوال و الاحتمالات المذكورة فى الجهة الأولى،

فنقول:

امّا دليل القول الثانى و هو عدم المشروعية و كون عباداته تمرينية صرفة لا يترتب عليها ثواب بالنسبة إلى الصغير أصلًا فهو مضافاً الى أصالة عدم ترتب الثواب الّا بالدليل و هو منتف، و انصراف الأدلة العامة الواردة فى التكاليف مطلقا عن الصّبى و اختصاصها بالبالغ، و وضوح تقيد بعض الاحكام قطعاً بالبلوغ كالواجبات و المحرّمات من جهة الإيجاب و التحريم حديث رفع القلم عن الصبى المعروف المعتمد عليه عند العامة و الخاصة، و تقريب دلالته: انّ ظاهر الحديث رفع قلم مطلق التكليف أعم من الوجوب و الاستحباب و الحرمة و الكراهة بل المباح ايضاً، فالمعنى: ان

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۳۴۶

القلم الجارى الموضوع على المكلفين المتضمن لثبوت التكليف عليهم مرفوع عن الصبى حتى يحتلم، و ليس فيه اشعار فضلًا عن الدلالة بأن المرفوع خصوص قلم التكليف الإلزامى وجوباً أو تحريماً، بل المرفوع جميع الأحكام الخمسة التكليفية الثابتة على البالغ، حتى الإباحة بعنوان انها حكم شرعى جرى به القلم.

و منه يظهر انه لو نوقش فى انصراف الأدلة العامة عن الصبى، و قيل: إن مقتضى عمومها الشمول له ايضاً لكان مقتضى قاعدة التخصيص حملها على خصوص البالغ، لان حديث رفع القلم بمنزلة المخصص لتلك الأدلة، و يوجب اختصاصها بالبالغ.

و لو فرض كون النسبة بين بعض تلك الأدلة و بين حديث رفع القلم عموماً من وجه كقوله: من قرأ سورة الفاتحة فله كذا و كذا من الأجر فإن النسبة بينه و بين الحديث عموم من وجه، لاختصاص هذا القول بقراءة سورة الفاتحة، و عمومه بالنسبة إلى الصبى، و اختصاص حديث الرفع بالصبى و عمومه لغير قراءة سورة الفاتحة، فلا شك فى عدم تحقق التعارض، لان حديث رفع القلم حاكم على ذلك القول، كحكومة حديث الرفع المعروف على الأدلة الأوّلية، كما لا يخفى.

فالنتيجة على جميع التقادير لزوم الأخذ بحديث رفع القلم، و الحكم بعدم ثبوت شىء من التكاليف الخمسة فى حقّ الصبيّ، و الثواب الموجود فى البين لا يرتبط بالصبى أصلًا، بل بالولىّ بعنوان كونه مأموراً بتمرينه و تعويده، فعباداته لا تكون شرعية بل تمرينية صرفة.

و يظهر الجواب عن دليل هذا القول بما سنذكره من أدلة القول

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۳۴۷

بالمشروعية الأصلية فنقول:

امّا ما يدلّ عليها فأمور متعدّدة:

أولها: ما دل من العمومات فى الكتاب و السّيئة على ترتب الثواب على الافعال كقوله تعالى مَنْ جاءَ بِالْحَسَنَةِ فَلَهُ عَشْرُ أَمْثالِها «۱» و قوله (ع): من صام يوم كذا فله من الأجر كذا و كذا؛ فان سياقها مثل سياق من أتلف مال الغير فهو له ضامن، فكما ان الثانى لا يختص بالبالغ؛ لما عرفت من عدم اشتراط الأحكام الوضعية بالبلوغ، كذلك لا ينبغى دعوى اختصاص الأوّل بالبالغ، و دعوى الانصراف ممنوعة، و على تقديره لا فرق بين المقامين كما هو ظاهر.

ثانيها: عموم الأدلة الواردة فى التكاليف الشامل للصبى أيضاً، و لا مجال لادعاء الانصراف فيها أصلًا، و القدر المسلم ثبوت التخصيص بالنسبة إلى الأحكام الوجوبية و التحريمية، من جهة عدم ثبوت إلزام من ناحية الشارع على الصبى غير البالغ، و أمّا ثبوت التخصيص فى أدلة سائر الأحكام فغير حاصل، و فى أدلة الحكمين أيضاً بالنسبة إلى المشروعية و الرجحان زائداً على اللزوم.

و أمّا حديث رفع القلم فإن أخذ بمقتضى ظاهره فاللازم الحكم بعدم ثبوت الأحكام الوضعية فى حق الصبى أيضاً، لأن القلم المرفوع أعم من قلم الحكم التكليفى و الحكم و الوضعى؛ لان الضمان فى مورد الإتلاف مثلًا مجعول كالوجوب فى مورد الصلاة، و لا مجال لدعوى التخصيص فيه؛ لعدم ملاءمة سياقه للتخصيص أصلًا، فاللازم ان يقال: ان المرفوع فى الحديث

---

(۱) سورة الأنعام الآية: ۱۶.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۳۴۸

هو قلم المؤاخذة و العقوبة الأخروية و الدنيوية ايضاً، كما مرّ فى العبارة المتقدمة عن الشيخ (قده)، و لازمه عدم ثبوت التكليف اللزومى فى حقّه، و عدم ترتب استحقاق العقوبة على ترك الواجب و فعل الحرام، فيقتصر فى تخصيص عمومات أدلة التكاليف على هذا المقدار.

و دعوى ان لازم ذلك عدم تحقق التخصيص فى أدلة المستحبات و المكروهات فقط، و أمّا أدلة الواجبات و المحرمات فبعد عروض

التخصيص لها لا محالة كيف يستكشف مشروعية عبادة الصبى مثل الصلاة و رجحانها حتى يحكم بصحتها، لان الدليل الكاشف هو تعلق الأمر بها، و بعد انحصار دائرة الأمر بالبالغ، فليس هنا ما يكشف عن رجحانها بالنسبة إلى الصبى، و بعبارة اخرى: مدّعى القائل بالمشروعية كون الواجبات فى حق البالغين مستحبات فى حق غير البالغين، و كون المحرمات فى حق الطائفة الأولى مكروهات فى حق الطائفة الثانية، و حينئذ يسأل عنهم: انه مع تخصيص أدلة الواجبات و المحرمات بحديث رفع القلم لا يبقى ما يدل على استحباب الاولى و كراهة الثانية؛ لأن الدليل كان منحصراً بدليل الواجب و المحرم، و المفروض عروض التخصيص لهما، فمن اين يستكشف رجحان الواجب و استحبابه و حزازة الحرام و كراهته بالنسبة إلى الصبىّ؟ نعم أدلة المستحبات و المكروهات لمّا لم يعرض لها التخصيص كما هو المفروض تكون باقية بحالها.

هذه الدعوى مدفوعة بما قيل أو يمكن ان يقال فى جوابها من أمور متعدّدة:

الأوّل ان مقتضى طبع الطلب الصادر من المولى هو الوجوب؛

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۳۴۹

لحكم العقل بلزوم إطاعته، الّا ان يأذن المولى فى الترك، و الاذن فى الترك كما يحصل بالتصريح به يحصل أيضاً بعناوين أخرى مثل رفع العسر و الحرج، و رفع قلم الإلزام، فحديث رفع القلم بمنزلة الاذن فى ترك الواجبات، فقهراً يكون مفاد الأدلة الأولية فى حق الصبى بعد ورود الاذن فى الترك بلسان رفع القلم هو الاستحباب؛ لأنه لا يرفع الخطاب الوجوبى من رأس، بل يأذن فى الترك، فيتحقق الاستحباب لا محالة.

الثانى انه لا مانع مع الشك من الرجوع الى استصحاب بقاء الرجحان الذى كان متحقّقاً فى ضمن الوجوب و شك فى بقائه لارتفاع الوجوب قطعاً، و لا يرد عليه ان إثبات الاستحباب الذى هو فرد من القدر الجامع باستصحاب بقاء القدر الجامع يكون مثبتاً، و هو لا يجرى على ما هو التحقيق من عدم جريان الأصول المثبتة؛ و ذلك لانه لا حاجة الى إثبات الاستحباب بعنوانه، بل يكفى بقاء القدر الجامع فى المشروعية و الرّجحان الموجب لصحة العبادة.

هذا، و لكن هذين الجوابين لا يمكن ان يكونا موردين لنظر المشهور القائل بمشروعية عبادة الصبى؛ لكون الجواب الثانى مبتيّاً على جريان الاستصحاب فى القسم الثالث من أقسام استصحاب الكلّى، و لم يعلم ذهاب المشهور الى جريانه، كما ان الجواب الأوّل مخالف لظاهرهم قطعاً، فإنهم يقولون بانقسام الطلب فى نفسه الى قسمين وجوبى و استحبابى، كما انهم يقولون بدلالة هيئة افعل فى نفسها على الوجوب، لا ان الوجوب مستفاد من حكم العقل و ان الاستحباب مستفاد من الاذن فى الترك، فلا بدّ من الجواب على طبق نظر المشهور.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۳۵۰

و الظاهر ان يقال: انه بناء على ما ذكرنا فى معنى حديث رفع القلم من كون المرفوع قلم المؤاخذة و العقوبة و مرجعه الى عدم استحقاق العقوبة على ترك الواجب و فعل الحرام، لا بد ان يقال بثبوت التكليف فى حق الصبى مطلقاً، و لكنه لا يترتب على المخالفة مؤاخذة و عقوبة، فتصرف الحديث فى الأدلة العامة ليس كتصرف المخصّص فى العام، بنحو يوجب قصر مفاده و لو فى عالم الإرادة الجدية على غير مورد الخاص، فان المقام ليس من هذا القبيل، بل الحديث يخصّص لازم التكليف لا نفسه، و استلزام تخصيص اللازم لتخصيص الملزوم ممنوع، لأن الملازمة غير دائميّة، و التعبير عن العبادات الواجبة بالاستحبابية فى حق الصبى، انما هو بلحاظ عدم ترتب ما يترقب من الوجوب؛ لعدم استلزامها لاستحقاق العقوبة و المؤاخذة بوجه، الّا ان يقال: ان الحديث المتضمن للرفع فى مقام التشريع لا يكاد يرفع المؤاخذة أو استحقاقها أصلًا فتدبّر، و هذا الذى ذكرنا من المشروعية لا يمنع من قيام الدليل على البطلان فى بعض المقامات، مثل ما ورد من عدم أجزاء حج الصبى المستطيع عن حجة الإسلام، مع ان عدم الاجزاء لا يلازم البطلان، كما لا يخفى.

و بهذا يتحقق الفرق بين المقام و بين قاعدة نفى الحرج، التى اخترنا فيها بطلان العبادة الحرجية، و وجه الفرق ان لسان قاعدة نفى الحرج لسان نفى الجعل رأساً، و مع عدم الجعل لا مجال للحكم بصحة العبادة الحرجية، و لسان المقام لسان رفع قلم المؤاخذة و العقوبة، لا رفع قلم الجعل و التكليف، فتدبّر.

ثالثها: ان العقل مستقلّ بحسن بعض الافعال كالاحسان، و ردّ

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۳۵۱

الأمانة إلى مالكها، و حفظ النفس المحترمة من الهلاك، و غير ذلك من المستقلّات العقلية، و لا ريب عند العقل فى استحقاق الثواب و ترتب الجزاء عليها، من دون فرق بين البالغ و الصبى، خصوصاً إذا كان مراهقاً، و قد بقى مقدار شهر أو يوم أو ساعة إلى بلوغه الشرعى، و لا مجال لعروض التخصيص لما يستقل به العقل، و عليه فاللّازم بقاعدة الملازمة استحباب هذه الأمور شرعاً، و ترتب ثواب الاستحباب عليها، و بعدم القول بالفصل بين المستقلّات العقلية و غيرها، يتمّ المطلوب و يثبت الاستحباب فى سائر الواجبات ايضاً.

و يرد عليه: ان لازم ذلك الالتزام باستحقاق العقوبة فى ما يستقل العقل بقبحه كالظلم و منع المالك من وديعته، و قتل النفس المحترمة، و غير ذلك من المستقلات العقلية، و الظاهر انه لا يلتزم به المستدلّ بوجه، لأن الصبى لا يؤاخذ بشىء من ذلك أصلًا من جهة الشرع كما لا يخفى.

رابعها: الاعتبار العقلى؛ فإنه من المستبعد جدّاً ان يكون هناك فرق بين ما قبل البلوغ بساعة و ما بعده؛ فان المراهق المقارب للبلوغ جدّاً، لا ريب فى انّه بمكان من الإخلاص و العبودية للّه تعالى كما بعد البلوغ، بل فى الحالة الأولى ربا يكون أشد من الحالة الثانية، فيبعد كونه مأجوراً على الثانية دون الاولى.

و يرد عليه: ان ذلك مجرّد استبعاد لا يكاد يصلح لان يكون دليلًا، و يجرى هذا الاستبعاد فى جميع التقديرات الشرعية؛ فإنه من البعيد ان يكون الماء أقل من الكرّ بمقدار قليل و مع ذلك لا يترتب عليه شىء من آثار الماء الكرّ أصلًا، أو يصلّى الإنسان قبل الوقت عمداً بلحظة يدخل

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۳۵۲

الوقت بعدها، و مع ذلك تكون صلاته باطلة، و هكذا سائر التقديرات.

خامسها: ان الأمر بالأمر بالشىء أمر بذلك الشىء، كما قد حقق فى الأصول.

و الجواب عنه: ما مرّ فى الجهة الاولى فى تشريح القول الثانى من الأقوال الموجودة فى المسألة و لا نعيد.

و هناك وجوه أخرى ترجع الى بعض الوجوه المذكورة، أو استحسانات غير صالحة لأن تكون مدركاً و دليلًا، و قد انقدح تمامية الوجهين الأولين للاستدلال بهما على المشروعيّة الأصليّة.

و أمّا دليل القول الثالث و هى الشرعية التمرينيّة، فهو مركب من أمرين: أولهما عدم شرعية العبادات بعناوينها التى تعلقت الأوامر بها، لحديث رفع القلم، الذى يدل على رفع قلم جميع التكاليف و الأحكام الخمسة، و يكون مخصّصاً للأدلة الأولية العامّة، و ثانيهما الأخبار الكثيرة الدالة على استحباب التمرن للعبادات و التعوّد عليها، و لا يرتفع هذا الاستحباب بحديث رفع القلم؛ لان مفاده ارتفاع كل ما هو جار على البالغ عن الصّبى، فرجحان أصل العمل مرفوع؛ لثبوته على البالغ، و أمّا رجحان التمرّن فلا يكون فى البالغ حتى يكون مرفوعاً عن الصّبى، فيصير الحاصل ثبوت ثواب التمرّن لا أصل العبادة.

و الأمران كلاهما ممنوع و إن كان منع أحدهما كافياً فى إبطال الاستدلال:

امّا الأوّل؛ فلما عرفت فى أدلة المشروعيّة من ان حديث «۱» رفع القلم

---

(۱) الوسائل ۱: ۳۲ ب ۴ من أبواب مقدمات العبادات ح ۱۱.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۳۵۳

لا يرفع المشروعية حتى فى الواجبات.

و أمّا الثانى، فمضافاً الى ان حديث الرفع لو كان مفاده رفع الحكم الاستحبابى أيضاً، لكان مقتضاه نفى استحباب التمرن بالنسبة إلى الصّبى أيضاً، و الفرق بينه و بين سائر الأحكام الاستحبابية بعدم كونه ثابتاً فى حق البالغ دونها، لا يوجب اختصاص الحديث بالثانية و عدم الشمول للاوّل، يرد عليه ان مفاد تلك الاخبار ثبوت الاستحباب بالنسبة إلى الولىّ و إن المستحب تمرينه و تعويده للصبى، و الثواب انّما يترتب على عمله، فلا يكون فى فعل الصبى ثواب راجع إليه أصلًا، إلّا إذا رجع الأمر الى ما قلنا من المشروعية الأصليّة.

و أمّا دليل القول الرّابع فهو أمران:

أولهما: ان الطفل من جهة عدم كمال عقله، انما يكون المحرك و الداعى له الى العمل تمرين الولىّ و تشويقه و إجباره، و حيث ان المباشر ضعيف يكون السبب هو العمدة و هو الولىّ، و يكون الطفل بمنزلة الآلة، نظير ما ذكروه فى باب المعاملات من جواز كون الطفل كالآلة و إن كان عاقلًا قاصداً مختاراً.

ثانيهما: ما ورد فى باب الخبر فى باب الحج فى حجّ الولىّ بالطفل المميز، فإنه قال: ان الولىّ إذا فعل ذلك و تمم الاعمال كان له أجر حجّة، و الظاهر منه ان الولىّ كأنه فعل حجّا و هذا الفعل فى الحقيقة فعله فيكون، للولى فى كل مقام يأتى الصبىّ فيه بعمل ثواب ذلك العمل.

و يرد على الأوّل مضافاً الى كونه أخص من المدعى؛ لانه ربما يأتى الطفل بالعبادة و يكون الداعى له إلى إتيانها تشخيص نفسه و درك شخصه

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۳۵۴

من دون ان يكون هناك ولىّ أو تمرين منه أو تأثير لتشويقه أو إجباره كما لا يخفى ان ضعف المباشر انما يكون فيما إذا كان العمل مسنداً الى السبب و كان المباشر بمنزلة الآلة، و من الواضح عدم كون الصبى فى المقام كذلك؛ فان صلاته لا تسند إلّا إليه، و كذا سائر عباداته و أفعاله، و التشويق بل الإجبار لا يوجب سلب الاستناد، و قد ذكرنا فى باب الإكراه: ان الإكراه لا يقتضى عدم استناد العمل الى المكره بالفتح فشرب الخمر إذا وقع اكراها يكون المتصف به هو المكره دون المكره بالكسر حتى يترتب على عمله الحدّ.

نعم، قد عرفت انه يترتب على عمل الولى ثواب بلحاظ الأخبار الآمرة إياه بتمرين الصبى و تعويده على مثل الصلاة و الصوم.

و يرد على الثانى: ان ما ورد فى الخبر انّما هو ثبوت ثواب حجّة للولىّ، و لا دلالة له على خلو عمل الصبى و حجّه من ثواب و أجر، و عليه فلا يمكن ان يستفاد منه انّ الولىّ كأنه فعل حجّا بمعنى عدم استناد الحج إلى الصبى و عدم وقوع هذه العبادة منه فتدبّر.

و أمّا دليل القول الخامس، فهو: ان حديث رفع القلم انما يرفع خصوص الاحكام اللزومية من رأس، و يحكم بعدم شمول الأدلة العامة لها بالنسبة إلى الصبى، فلا يبقى لها مشروعية، و أمّا سائر الاحكام، فلا دلالة للحديث على رفعها أصلًا، فهى باقية على عمومها و شمولها للصّبى، و هذا القول و إن لم يعرف له قائل، لكنه ليس ببعيد؛ نظراً الى ان الجمع بين كون المرفوع فى الحديث هو التكليف لا المؤاخذة، و كون وقوع الحديث فى مقام التفضّل و الرأفة و الامتنان، يقتضى عدم كون العبادات الواجبة مشروعة فى

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۳۵۵

حقه، و بقاء العبادات المستحبة على استحبابها، الّا ان يقال: إن سلب المشروعية عن العبادات الواجبة لا يلائم التفضل و الرأفة، بل المناسب له سقوط اللزوم و بقاء المشروعية و هذه أيضاً جهة أخرى موجبة لعدم منافاة الحديث للمشروعية، زائدة على الجهات المذكورة فى دليل القول المشهور، و يتحصّل من جميع ما ذكرنا ان الأظهر ما عليه المشهور.

الجهة الثالثة- فى موارد تطبيق قاعدة المشروعية و هى كثيرة:

منها: الطّهارات الثلاث؛ فإنها بناء على القول بالمشروعية تكون مستحبة على الصبى، كما انّها مستحبة على البالغ أيضاً، غاية الأمر

اتصافها فی حق البالغ بالوجوب الغیری أیضاً، بناء علی القول بوجوب المقدمة، و فی حق الصبی لا تتجاوز عن الاستحباب المتعلق بأنفسها، و تتصف بالاستحباب الغیری أیضاً، بناء علی ذلک القول، فقبل دخول الوقت تکون مستحبة نفساً، و بعده تتصف بالاستحباب الغیری أیضاً، و لا مانع من الجمع، لکون الحکمین طولیین لا عرضیین، و بعد اختلاف المتعلقین، و التحقیق فی محلّه.

و منها: جمیع العبادات الواجبة و المستحبة، فإنها بأجمعها مستحبة علی للصبی، فالصلاة مع جمیع أذکارها و أورادها و مقدماتها و مؤخّراتها مستحبة له و الصوم الواجب و المندوب مستحب له و کذا الحج و غیرها من العبادات و قد عرفت ان المکروهات مکروهة له ایضاً کما ان المحرمات أیضاً مکروهة له.

و منها: ما أشرنا إلیه من انه بناء علی المشروعیة لا مانع من استیجاره للعبادة، فیأتی بها نیابة عن الحیّ، کما فی باب الحج، أو المیت

القواعد الفقهیة (للفاضل)، ص: ۳۵۶

کما فی مثل الصلاة و الصیام؛ فإنه بناء علیه یکون عمله قابلًا لتحقق الاستیجار علیه، و شخصه صالحاً لأن یکون نائباً فی العبادة، و لکن مع ان المشهور قائلون بالمشروعیة، و لازمها صحة النیابة و الاستیجار، حکی عن جمع کثیر من أعاظم الفقهاء الخلاف و الحکم بعدم صحة نیابته، و لم یعرف له وجه وجیه بعد عدم ورود دلیل خاص فی المسألة.

و الفرع الذی ینبغی التعرض له فی الختام هو نذر الصبی عبادة غیر مالیة کصلاة اللیل مثلًا و إن هذا النّذر هل هو صحیح أم لا؟ الظاهر هو الثانی، لأنه مضافاً الی انعقاد الإجماع ظاهراً علی اشتراط البلوغ فی انعقاد النذر و صحته نقول: انّ هذا النذر إذا کان لغرض إیجاب العمل علی نفسه، نظراً الی ان حکمه وجوب الوفاء به، فهذا الغرض لا یترتب علیه؛ لان الحکم الوجوبی مرفوع عن الصّبی أیّاً ما کان، و إن کان لغرض آخر، فلا یکون هناک غرض آخر متصور، و بالجملة إذا لم یؤثر النذر أثراً زائداً فلا معنی لانعقاده و صحّته، الّا ان یقال: ان تعلق النذر به یوجب تأکد استحبابه و هو یصیر داعیاً الی العمل به، فان النذر یوجب ان یکون الوفاء به مستحبّاً بالنسبة إلیه، فتصیر صلاة اللیل بعنوانها مثلًا مستحبة نفساً، و الإتیان بها لکونه وفاء بالنذر مستحباً آخر فیتحقق استحبابان، فیتأکّد الداعی إلی الإتیان بها بحیث لو لم یکن هنا نذر لما کان استحباب صلاة اللیل بنفسه و بمجرده داعیاً له إلی الإتیان بها کما لا یخفی، فالعمدة حینئذ هو الإجماع، أو یقال: ان النذر من الإنشائیات و یعتبر فیها القصد، و قد عرفت ان قصد الصّبی کلا قصد، فلا یتحقق منه الإنشاء.

هذا تمام الکلام فی قاعدة مشروعیة عبادات الصبی.

القواعد الفقهیة (للفاضل)، ص: ۳۵۷

قاعدة الاشتراک

اشارة

و هی ایضاً من القواعد الفقهیة المعروفة، و یترتب علیها فروع کثیرة، بل قلّ ما تخلو مسئلة فی الفقه من الحاجة إلیها و الابتناء علیها، إذ معظم الأدلّة لم یرد بعنوان قضیة کلیّة حتی تشمل الأشخاص و الأزمان و الأحوال، بل وردت فی وقائع خاصة دعت الحاجة المکلفین إلی السؤال عنها فلا، عموم فیها، و المقصود منها انّه إذا ثبت حکم لواحد من المکلفین أو لطائفة منهم، و لم یکن هناک ما یدل علی مدخلیة خصوصیة لا تنطبق الّا علی شخص خاص أو طائفة خاصة أو زمان خاص کزمان حضور الامام (علیه السلام)، فالحکم مشترک بین جمیع المکلفین رجالًا و نساءً الی یوم القیامة، سواء کان ثبوته بخطاب لفظی أو دلیل لبّی من إجماع أو غیره، و الکلام فی هذه القاعدة أیضاً یقع فی مقامات:

المقام الأوّل- فی مدرکها و مستندها، و هی أمور متعددة:

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۲۹۶

خاتمة-

قال صاحب «۱» العناوين: «ان فقهاءنا قد يمنعون اجراء حكم صدر فى واقعة فى غيرها و يقولون: إنه قضية فى واقعة، و تحقيق القول فيه: ان القضايا الواقعة فى مقامات خاصّة، ان كانت عناوينها معلومة من لفظ المعصوم أو السائل الذى أجيب فهى متبعة يطرد الحكم فى مقاماتها كافة؛ لما مرّ من القاعدة يعنى قاعدة الاشتراك إلّا إذا عارض ذلك دليل أقوى منه، فيؤوّل بأحد التأويلات، و منها: احتمال الخصوصية فى ذلك و إن كان خلاف الظاهر، و أمّا بدونه فلا وجه لردّه، بأنه قضية فى واقعة، نعم لو نقله ناقل شاهد الواقعة، كما فى قضايا أمير المؤمنين (ع) فهناك محلّ للبحث: فيحتمل ان يقال؛ انه يعمّ الجميع: اتباعاً للفظ الناقل و عنوانه الذى عبّر به، لأصالة عدم مدخلية شىء آخر فى ذلك، و يحتمل القول بالمنع، لان الناقل لا يتمكن غالباً من الالتفات الى كلّ ما له مدخل فى ذلك، الحكم فيتخيل عدم مدخلية شىء سوى ما ذكره، و الذى أراه الوجه الأوّل، ما لم يعارضه معارض أقوى؛ لأن الثقة لا يعلق الحكم فى موضوع الّا مع فهمه كونه المناط فى ذلك، و لا يجوز له التعبير بالأعم إذا احتمل إرادة الخصوصية، فينحلّ فى الحقيقة الى الاخبار بنوع الواقعة و حكمها، و خبر الثقة حجة فى ذلك، فلعلّ قولهم: انه قضيّة فى واقعة، انّما هو مع قوة المعارض، كما يشهد به تتبع كتب الفاضل العلّامة (أعلى اللّه مقامه) و شيخنا الشهيد (قدّس سرّه السّعيد) و إلا فقد تراهم يتمسكون بالوقائع الخاصة لعموم الحكم فى الحدود و التعزيرات كثيراً، و فى غيرها كذلك و احتمال فهمهم من ذلك عدم الخصوصية بعيد جدّاً. و محصّله ان حمل الحكم على كونه فى

---

(۱) عناوين الأصول مير فتاح عنوان ۱: ۴.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۳۱۰

واقعة خاصة أو على ان القضية شخصية، انّما هو فى صورة وجود المعارض الأقوى، و من الواضح ان هذه الصورة خارجة عن مجرى قاعدة الاشتراك، كما عرفت.

هذا تمام الكلام فى قاعدة الاشتراك.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۳۱۱

اشتراك الكفار مع المؤمنين فى التكليف

اشارة

و هذه القاعدة أيضاً من القواعد المعروفة المشهورة، و البحث فيها يستدعى التكلم فى مقامات:

المقام الأوّل- فى مستند هذا الاشتراك

الذى يرجع الى عدم شرطية الايمان المقابل للكفر فى باب التكاليف و الأحكام، و هو أمور:

عدم شرطية البلوغ فى الأحكام الوضعيّة

اشارة

و هی ایضاً من القواعد المعروفهٔ المشهورهٔ، و فیها جهات من البحث:

الجههٔ الاولی – فی مدرکها و مستندها، و هو أمور متعدّدهٔ:

مشروعیهٔ عبادات الصبیّ و عدمها

اشارهٔ

قد وقع الخلاف بعد الاتفاق علی شرطیهٔ البلوغ فی الأحکام التکلیفیهٔ الإلزامیهٔ مثل الوجوب و الحرمهٔ، و بعد الاتفاق علی اشتراط التمییز فی شرعیهٔ العبادات و صحّتها فی شرطیهٔ البلوغ أیضاً فی صحهٔ العبادهٔ و مشروعیتها، و محل الخلاف هو ان العبادات هل تکون مشروعهٔ فی حق الصبی فیکون له ان یأتی بها بعنوان الإطاعهٔ و الامتثال، فتتصف العبادهٔ بالصحهٔ؛ لکونها واجدهٔ لشرطها، أم لا تکون مشروعهٔ فی حقّه، فلا مجال للإتیان بها بقصد الامتثال و الإطاعهٔ أصلًا، و لو اتی بها مع هذا القصد لا یتحقق الّا التشریع المحرّم فی حق البالغین؟ و فیها جهات من البحث أیضاً:

الجههٔ الاولی – فی الأقوال و الآراء و الاحتمالات الجاریهٔ فی هذه المسألهٔ و هی کثیرهٔ.

القواعد الفقهیهٔ (للفاضل)، ص: ۳۴۲

الأوّل بناء العقلاء من جمیع الملل و الأمم،

من غیر فرق بین المتدینین منهم و غیرهم، علی اعتبارها و کونها امارهٔ عندهم لملکیهٔ ذی

القواعد الفقهیهٔ (للفاضل)، ص: ۳۶۰

الید، و لا شبههٔ فی ثبوت هذا البناء و تحقق هذه السیرهٔ؛ فإنهم یرتبون آثار الملکیهٔ علی ما فی أیدی الناس و لا یتفحصون عن انه هل هو ملک لهم أم لا، بل یجعلون الید و الاستیلاء الخارجی امارهٔ علی الملکیهٔ و لا یعتنون باحتمال کونها یداً عادیهٔ غیر مالکیهٔ.

و ما ذکرنا من الأماریهٔ لیس لأجل استحالهٔ، ان یکون للعقلاء تعبد فی أمورهم حتی تمنع الاستحالهٔ بل لأجل ان الأصل و التعبد مرجعه الی البناء علی ما هو مقتضی الأصل فی محلّ الشک و مورد الشبههٔ، مع انه من الواضح ان اعتبار الید عند العقلاء لیس بهذا النحو؛ ضرورهٔ انهم لا یبنون علی الملکیهٔ مع الشک فیها، و لا یتعبدون بالملک و آثاره مع احتمال خلافه، بل احتمال الخلاف ملغی عندهم، لا یعتنون به أصلًا، و بالجملهٔ لا مجال للإشکال فی کون الید فعلًا عند العقلاء من الأمارات، و لا ننکر إمکان ان یکون بحسب الأصل أصلًا تعبدیا مجعولًا لأجل تحقق اختلال فی النظام أو عدم حفظ السوق بدون اعتبارها، لکن هذا الإمکان لا ینافی کونه بالفعل یعامل عند العقلاء معاملهٔ الامارهٔ الکاشفهٔ الموجبهٔ لإلغاء احتمال الخلاف.

و هذا المقدار الذی هو عبارهٔ عن ثبوت الأماریهٔ عند العقلاء یکفینا فی مقام الاستدلال و الاستناد، و لا یلزم التفحص و التفتیش عن ملاک الطریقیهٔ عندهم، و انه هل هو الغلبهٔ أو شیء آخر، مضافاً الی انه لا فائدهٔ فیه؛ لعدم اقتضاء الفحص للوصول إلی إدراک الواقع و کشف الحقیقهٔ کما لا یخفی.

ثمّ ان الظاهر عدم تحقق ردع من الشارع عن هذه الطریقهٔ العقلائیهٔ،

القواعد الفقهیهٔ (للفاضل)، ص: ۳۶۱

و لو قیل بعدم کفایهٔ عدم ثبوت الردع، بل بالافتقار إلی الإمضاء من ناحیته، نقول: ان الرّوایات المتکثرهٔ الآتیهٔ صالحهٔ للإمضاء، و تأکید تلک الطریقهٔ و إدخالها فی محیط الشرع.

الثانی الإجماع المحقق و الاتفاق علی اعتبار ملكیۀ ذی الید لما فی یده،

و لا شبهۀ فی تحقق هـذا الإجماع، الّا انه لا یصلح ان یكون حجّۀ برأسه و دلیلًا مستقلا؛ لانه بعد وجود مدارك متعددۀ و لا سیّما روایات متكثرۀ فی المسألۀ و احتمال استناد المجمعین إلیها، لا یبقی للإجماع أصالۀ و لا كاشفیۀ، فلا یكون دلیلًا فی مقابلها، كما أشرنا إلیه مراراً.

الثالث الروایات المتكثرۀ التی تستفاد منها القاعدۀ

اشارۀ

و هی علی ثلاث طوائف:

الطّائفۀ الأولی ما یدل بظاهره علی اعتبار الید بنحو الأماریّۀ

كموثقۀ «۱» یونس بن یعقوب عن ابی عبد اللّه (علیه السلام) فی امرأۀ تموت قبل الرجل، أو رجل قبل المرأۀ، قال: ما كان من متاع النساء فهو للمرأۀ، و ما كان من متاع الرجال و النساء فهو بینهما، و من استولی علی شیء منه فهو له «۲».
و الإشكال فی سند الرّوایۀ من جهۀ الزّبیری مدفوع بان الظاهر باعتبار ملاحظۀ روایاته كونه ثقۀ فی نقل الرّوایۀ، كما ان دلالتها علی اعتبار الاستیلاء و الید و كونها طریقاً الی ثبوت الملك واضحۀ؛ فإن الحكم باختصاص متاع النساء بهن، انما هو لأجل كون ذلك امارۀ علی یدها،

---

(۱) الوسائل ۱۷: ۵۲۵ ب ۸ من أبواب میراث الأزواج ح ۳.

(۲) الوسائل أبواب میراث الأزواج، الباب الثامن، ح ۳.

القواعد الفقهیۀ (للفاضل)، ص: ۳۶۲

فهو امارۀ علی الامارۀ، كما انّ اشتراكهما فی ما كان مشتركاً بینهما، انما هو لأجل كشف ذلك عن ثبوت الید لهما معاً، فالجملتان الأولیان فی الروایۀ تدلان علی وجود الید و ثبوتها، غایۀ الأمر ثبوتها فی الأولی للمرأۀ، و فی الثانیۀ للرجل و المرأۀ معاً، و الجملۀ الأخیرۀ تدل علی أماریۀ الید و كون الاستیلاء دلیلًا علی الملكیۀ، و لیس المراد الاقتصار علی الید فی مقام النزاع، بل الظاهر ان المراد بیان اعتبار الید بالنسبۀ إلی ذیها، حتی یجب علی الأخر إقامۀ البینۀ، و مع عدمها یكتفی بیمین ذی الید، و عدم تعرض الروایۀ لما كان من متاع الرجال فقط، و انه للرجل، لا یقدح فی الاستدلال بها؛ لإمكان ان یكون ذلك لأجل كون التعرض للقسمین الآخرین كافیاً و مغنیاً، بعد بیان الملاك، و انّه هو الید، و هی حجۀ كما لا یخفی.
و روایۀ «۱» عبد الرحمن بن الحجّاج عن ابی عبد اللّه (علیه السلام) قال: سألنی: هل یقضی ابن ابی لیلی بالقضاء ثمّ یرجع عنه؟ فقلت له: بلغنی انه قضی فی متاع الرجل و المرأۀ إذا مات أحدهما فادعاه ورثۀ الحیّ و ورثۀ المیت، أو طلقها فادّعاه الرجل و ادّعته المرأۀ، بأربع قضایا، فقال: و ما ذاك؟ قلت: أمّا أوّلهن فقضی فیه بقول إبراهیم النَّخعی، كان یجعل متاع المرأۀ الذی لا یصلح للرجل للمرأۀ، و متاع الرجل الذی لا یصلح للنّساء للرجل، و ما كان للرّجال و النساء بینهما نصفین، ثمّ بلغنی انه قال: انهما مدّعیان جمیعاً فالذی بأیدیهما جمیعاً بینهما نصفان، ثمّ قال: الرجل صاحب البیت و المرأۀ الداخلۀ علیه، و هی المدّعیۀ، فالمتاع كله للرجال الّا متاع النساء الذی لا یكون للرجل فهو للمرأۀ، ثمّ قضی بعد ذلك بقضاء لو لا انّی

(۱) الوسائل ۱۷: ۵۲۳ ب ۸ من أبواب ميراث الأزواج ح ۱.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۳۶۳

شهدته لم اروه عليه، ماتت امرأة منّا و لها زوج و تركت متاعاً، فرفعته اليه فقال: اكتبوا المتاع، فلما قرأه قال للزوج: هذا يكون للرجال و المرأة فقد جعلناه للمرأة إلّا الميزان فإنه من متاع الرجل فهو لك، فقال لى: فعلى أىّ شىء هو اليوم؟ فقلت: رجع الى ان قال بقول إبراهيم النخعى أن جعل البيت للرجل، ثمّ سألته عن ذلك فقلت: ما تقول أنت فيه؟ فقال: القول الذى أخبرتنى أنّك شهدته، و إن كان قد رجع عنه، فقلت: يكون المتاع للمرأة؟ فقال: أ رأيت إن أقامت بينة الى كم كانت تحتاج؟ فقلت: شاهدين، فقال: لو سئلت من بين لابتيها يعنى الجبلين، و نحن يومئذٍ بمكة لأخبروك أن الجهاز و المتاع يهدى علانية من بيت المرأة إلى بيت زوجها، فهى التى جاءت به، و هذا المدّعى، فان زعم انه أحدث فيه شيئاً فليأت عليه البيّنة.

و الرواية تدل على اختصاص متاع البيت بالمرأة و إن الرجل هو المدعى ان زعم انه أحدث فيه شيئاً فليأت عليه البيّنة، معللًا بوضوح ان الجهاز و المتاع يهدى علانية من بيت المرأة إلى بيت زوجها فهى التى جاءت به، فمفادها ان المرأة مستولية على متاع البيت، و الاستيلاء كاشف عن كونها مالكة، فيجب على الزوج إقامة البينة، و المرأة مع عدمها لا يجب عليها الّا اليمين، فدلالة الرواية واضحة كما ان سندها ايضاً غير قابل للإشكال من جهة محمد بن إسماعيل الرّاوى عن الفضل بن شاذان، فإنه يستفاد من التتبع فى رواياته كونه مورداً للوثوق، مضافاً الى ان اجازة الفضل له نقل كتابه أيضاً تكشف عن الاعتماد عليه.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۳۶۴

و رواية «۱» محمّد بن مسلم عن ابى جعفر (عليه السلام) قال سألته عن الدّار يوجد فيها الورق، فقال: ان كانت معمورة فيها أهلها فهى لهم، و إن كانت خربة قد جلا عنها أهلها، فالذى وجد المال أحقّ به «۲».

و رواية «۳» جميل بن صالح قال: قلت لأبى عبد اللّه (عليه السلام): رجل وجد فى منزله ديناراً، قال: يدخل منزله غيره؟ قلت: نعم كثير، قال: هذا لقطة، قلت: فرجل وجد فى صندوقه ديناراً، قال: يدخل أحد يده فى صندوقه غيره أو يصنع فيه شيئاً؟ قلت: لا، قال: فهو له.

و رواية «۴» دعائم الإسلام عن أمير المؤمنين (عليه السلام) انه سئل عن الورق توجد فى الدّار، فقال: ان كانت عامرة فهى لأهلها، و إن كانت خراباً فسبيلها سبيل اللقطة.

الطائفة الثانية ما يدل على حجيّة اليد و اعتبارها من غير دلالة على كونها امارة

كرواية «۵» محمد بن الحسين قال: كتبت الى ابى محمد (عليه السلام): رجل كانت له رحى على نهر قرية، و القرية لرجل، فأراد صاحب القرية ان يسوق الى قريته الماء فى غير هذا النهر؛ و يعطل هذه الرحى، إله ذلك أم لا؟ فوقّع (ع): يتّقى اللّه و يعمل فى ذلك بالمعروف، و لا يضرّ أخاه المؤمن.

(۱) الوسائل ۱۷: ۳۵۴ ب ۵ من أبواب اللّقط ح ۱.

(۲) الوسائل أبواب اللقطة، الباب الخامس، حديث ۱.

(۳) الوسائل ۱۷: ۳۵۳ ب ۳ من أبواب اللّقطة ح ۱.

(۴) مستدرك الوسائل ۱۷: ۱۲۸ ب ۴ من أبواب اللّقطة ح ۱.

(۵) الوسائل ۱۷: ۳۴۳ ب ۱۵ من أبواب إحياء الموات ح ۱.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۳۶۵

و روایهٔ «۲» العیص بن القاسم عن ابی عبد اللّه (علیه السلام) قال سألته عن مملوك ادّعی انّه حرّ و لم یأت بیّنهٔ علی ذلك أشتریه؟ قال: نعم.

و مثلها «۳» روایهٔ حمزهٔ بن حمران قال: قلت لأبی عبد اللّه (علیه السلام): ادخل السّوق و أرید اشتری جاریهٔ، فتقول: إنّی حرّهٔ، فقال: اشترها الّا ان یکون لها بیّنهٔ.

و ما رواه «۴» علی بن إبراهیم فی تفسیره عن أبیه عن ابن ابی عمیر عن عثمان بن عیسی و حمّاد بن عثمان جمیعاً عن ابی عبد اللّه (علیه السلام) فی حدیث فدك انّ أمیر المؤمنین (علیه السلام) قال لأبی بکر: أ تحکم فینا بخلاف حکم اللّه فی المسلمین؟ قال: لا، قال فان کان فی ید المسلمین شیء یملکونه ادّعیت انا فیه، من تسأل البینهٔ؟ قال إیّاك کنت أسأل البیّنهٔ علی ما تدّعیه علی المسلمین، قال: فاذا کان فی یدی شیء فادّعی فیه المسلمون تسألنی البیّنهٔ علی ما فی یدی و قد ملکته فی حیاهٔ رسول اللّه (ص) و بعده، لم تسأل المؤمنین البیّنهٔ علی ما ادّعوا علیّ، کما سألتنی البینهٔ علی ما ادّعیت علیهم؟ الی ان قال: و قد قال رسول اللّه (ص) البیّنهٔ علی المدّعی و الیمین علی من أنکر. و رواه «۱» الطبرسی فی الاحتجاج مرسلًا، و یمکن ان یقال بإشعار هذه الروایهٔ بل دلالتها علی أماریّهٔ الید و کاشفیتها؛ نظراً الی قوله (ع): فان کان فی ید المسلمین شیء یملکونه؛ فان توصیفهم

---

(۲) الوسائل ۱۶: ۳۹ ب ۲۹ من أبواب العتق ح ۴.

(۳) التهذیب ۷: ۷۴ ح ۳۱۸.

(۴) الوسائل ۱۸: ۲۱۵ ب ۲۵ من أبواب کیفیهٔ الحکم ح ۳.

(۱) الاحتجاج للطبرسی: ۵۹.

القواعد الفقهیهٔ (للفاضل)، ص: ۳۶۶

بکونهم مالکین لیس الّا من جههٔ مجرّد الید الکاشفهٔ عن الملکیهٔ، لا انه کان هناك طریق آخر علیها، کما لا یخفی، نعم قوله (ع) بعده: و قد ملکته فی (حیوهٔ) رسول اللّه (ص) و بعده ربما ینافی ذلك فتدبّر.

الطائفهٔ الثالثهٔ ما یدل علی اعتبار الید ایضاً،

و لکن ربما تتوهم دلالته ایضاً علی کونها أصلًا، کروایهٔ «۱» حفص بن غیاث عن ابی عبد اللّه (علیه السلام) قال: قال له رجل: إذا رأیت شیئاً فی ید رجل، یجوز لی ان اشهد انّه له؟ قال: نعم، قال الرّجل أشهد انّه فی یده و لا أشهد انّه له؛ فلعلّه لغیره، فقال أبو عبد اللّه (ع) أ فیحلّ الشراء منه؟ قال: نعم، فقال أبو عبد اللّه (ع) فلعلّه لغیره، فمن این جاز لك ان تشریه و یصیر ملکاً لك ثمّ تقول بعد الملك: هو لی، و تحلف علیه و لا یجوز ان تنسبه الی من صار من قبله إلیك ثمّ قال أبو عبد اللّه (ع): لو لم یجز هذا لم یقم للمسلمین سوق «۲».

و هذه الروایهٔ و إن کانت ضعیفهٔ من حیث السّند بقاسم بن یحیی الّا انّها مجمع علی العمل بها، و وجه توهم دلالتها علی کون الید أصلًا لا امارهٔ قوله (ع) فی الذیل: لو لم یجز هذا لم یقم للمسلمین سوق؛ و ذلك لانه یستفاد منه ان اعتبار الید و جعلها حجهٔ انّما هو لأجل اختلال سوق المسلمین بدونه، لا لأجل کونها کاشفهٔ و طریقاً. و لکن یرد علیه مضافاً الی ان قوله (ع) فمن این جاز لك ان تشریه و یصیر ملکاً لك؟ ظاهر فی ان صیرورته ملکاً له انّما هو لأجل کونه تحت استیلاء البائع و یده الکاشفهٔ

---

(۱) الوسائل ۱۸: ۲۱۵ ب ۲۵ من أبواب کیفیهٔ الحکم ح ۲.

(۲) الوسائل أبواب کیفیهٔ الحکم، الباب الخامس و العشرون، حدیث ۲.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۳۶۷

عن ملكه ثمّ انتقاله اليه بالبيع، و لو لم تكن اليد امارة على ثبوتها لما جاز الحلف على الملكية المترتبة على الشراء بعد عدم ثبوتها للبائع ان التعليل فى الذيل لا يدل على الأصليّة، لاحتمال ان يكون ذلك حكمة، لعدم ردع الشارع عن اعتبارها، لا لأصل اعتبارها، و بعبارة أوضح حيث ان الأمارات العقلائية المعتبرة عند العقلاء يحتاج اعتبارها شرعاً الى عدم ردع الشارع عنها، و إلا فلا اثر لها بنظر الشرع، و من المعلوم ان الرّدع و عدمه لا- يكون إلّا لأجل وجود المصلحة و عدمها؛ ضرورة انه لا يكون جزافاً و من غير جهة، فلا محالة لا بد ان يكون عدم ردع الشارع فى المقام عن أمارية اليد مسبّباً عن أمر، و قد بيّن فى الرواية ذلك الأمر، و هو اختلال سوق المسلمين بدونه، فهذه حكمة لعدم الرّدع عمّا هو المعروف بين العقلاء، لا بيان لقاعدة مخترعة للشارع فى قبال العقلاء، و بالجملة لو كان هذا تعليلًا لأصل اعتبار اليد لكان لتوهّم دلالته على كون اليد أصلًا وجه، و إلا فمع ظهوره فى كونه تعليلًا لعدم الرّدع عما هو المعروف بين العقلاء أو مع احتماله، لا يبقى للتوهم المزبور مجال أصلًا فتدبّر.

و رواية «۱» مسعدة بن صدقة عن ابى عبد اللّه (عليه السلام) قال: سمعته يقول: كل شيء هو لك حلال حتى تعلم انّه حرام بعينه فتدعه من قبل نفسك، و ذلك مثل الثوب يكون عليك قد اشتريته و هو سرقة، و المملوك عندك لعلّه حرّ قد باع نفسه أو خدع فبيع قهراً، أو امرأة تحتك و هى أختك أو رضيعتك، و الأشياء كلّها على هذا حتى يستبين لك غير ذلك

---

(۱) الوسائل ۱۲: ۶۰ ب ۴ من أبواب ما يكتب به ح ۴.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۳۶۸

أو تقوم به البيّنة «۱».

و هذه الرواية هى العمدة فى التّوهم المذكور و وجه استفادة الأصلية منها: ان قوله (ع) كل شيء لك حلال إلخ، ظاهر فى ان الحكم بالحليّة مترتب على الشيء الذى شك فى حليته و حرمته، فموضوع الحكم الشيء المشكوك بوصف كونه مشكوكاً، و من المعلوم ان هذا شأن الأحكام الظاهريّة و الأصول العملية؛ إذ انّها قواعد مجعولة للشاك بما هو شاك، و أمّا الأمارات فمرجع اعتبارها إلى إلغاء احتمال الخلاف و جعله كالعدم، و بالجملة لا إشكال فى ان هذه العبارة تدل على أصالة الحلية فى مورد مشكوك الحلية، و حينئذ نقول: انه بعد بيان هذه القاعدة الكلية قد بيّن فى الرواية بعض مصاديقها التى من جملتها الثوب المشترى الذى يحتمل ان يكون سرقة و العبد المبتاع الذى يحتمل ان يكون خدع فبيع، و من المعلوم ان انطباق تلك القاعدة على هذا القبيل من الأمثلة لا يكاد يتم الّا مع اعتبار اليد أصلًا، و إلا فلو كانت أمارة معتبرة عند الشارع لا تكاد تنطبق القاعدة المذكورة فى الصدر عليها أصلًا، كما هو أوضح من ان يخفى.

و يرد عليه: انه لا- بد و إن تحمل الأمثلة المذكورة فى الذيل على أنها انّما اتى بها بعنوان التنظير و التمثيل، لا- بعنوان بيان بعض المصاديق، و إلا فلو كانت تلك الأمثلة من مصاديق أصالة الحلية التى دل على اعتبارها قوله (ع) فى الصدر: كل شيء هو لك حلال .. لأمكن المناقشة فى الكلّ بعدم كون شيء منها مجرى لأصالة الحلية، لوجود أصل حاكم عليها مخالف لها أو موافق، كاستصحاب عدم تحقق الملكية بالنسبة للثوب و المملوك فى

---

(۱) الوسائل أبواب ما يكتسب به، الباب الرابع، حديث ۴.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۳۶۹

المثالين الأوّلين، و عدم تحقق الرضاع أو عدم تحقق الأختيّة بناء على قول من يقول بجريان الاستصحاب فى مثله، أو عدم تحقق الزوجية بناء على قول من يقول بخلافه كما هو الحق، و قد حققناه بما لا مزيد عليه فى استصحاب عدم القرشية، و كذا استصحاب

التذكية، أى عدم قبولها كما فى المثالين الأخيرين، و من المعلوم انه لا مجال للأصل المحكوم مع وجود الأصل الحاكم موافقاً كان أو مخالفاً، و حينئذ لا محيص عن حمل الأمثلة على بيان التنظير لا الافراد و المصاديق، فلا دلالة للرواية بناء عليه الّا على مجرد اعتبار اليد، من غير دلالة و لا إشعار بأن اعتبارها من باب الأصل.

و قد انقدح من جميع ما ذكرنا انه لا معارض للطائفة الاولى من الاخبار الدالة على أمارية اليد و كونها كاشفة، فلا محيص عن الالتزام بها، نعم ذكر المحقق البجنوردى «۱» (قده) انّه لا دلالة لشىء من الاخبار على الأمارية، و إن غاية مفادها ترتيب آثار الملكية لما تحت يد شخص من دون تعرض الى انّ اليد طريق إلى الملكية أم لا- فقوله: من استولى على شىء منه فهو له، لا يدل على ترتيب آثار الملكية على ما استولى عليه، و هذا المعنى أعم من الأمارية و الأصلية، و يجتمع مع كل واحد منهما، فلا يمكن إثبات خصوص أحدهما بها حتى ان جواز الحلف و الشهادة اللذين أخذ العلم فى موضوعهما على نحو الطريقية مستنداً إليها، لا ينافى أصليتها، لأن الأصول التنزيلية أيضاً مثل الأمارات تقوم مقام العلم الذى أخذ فى الموضوع على نحو الطريقية، فمن هذه الجهة أيضاً لا فرق بينهما.

و لكن يرد عليه انّ تشخيص المراد من الروايات موكول الى العرف

---

(۱) القواعد الفقهية ۱: ۱۱۴.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۳۷۰

فإنه الحاكم فى هذا الباب، و من الواضح انه لو كان شىء عند العقلاء يعامل معاملة الطريقية فإذا ورد فى كلام الشارع ترتيب الأثر عليه فلا- محالة يفهم العرف من ذلك الكلام ان الشارع اعتبره على النحو الذى يعتبرونه هم، فاذا كان الاستيلاء على شىء موضوعاً عند العقلاء للحكم بالملكية و ترتيب آثارها عليه بنحو يكون الاستيلاء كاشفا عنها و أمارة عليها، فاذا وقع موضوعاً للحكم بالملكية فى كلام الشارع الملقى الى العرف، لا مجال للمناقشة بأن الحكم بالملكية يمكن ان يكون من سنخ الأصول دون الأمارات، و الكلام يحتمل وجهين بل ظاهر فى الأمارية و الكاشفية بنحو ما يكون عند العرف، و عليه فدلالة الرواية بهذه الملاحظة ظاهرة، و يؤيده جواز الحلف و الشهادة؛ فان الاكتفاء فيه بالأصول التنزيلية على حسب اصطلاحه محلّ كلام و اختلاف كما بيّن فى محله، مع انه لم يختلف أحد فى جواز الحلف و الشهادة فى المقام، و هذا يكشف عن عدم كونه من تلك الأصول بل من الأمارات.

الجهة الثالثة- فى مفاد القاعدة،

و قد ظهر من المباحث السّابقة ان مفاد القاعدة اعتبار اليد و الاستيلاء على شىء و الحكم بترتب آثار الملكية على ما تحتها من جواز الاشتراء و الحلف و الشهادة و ساير الآثار فى مورد كون مبدأ الاستيلاء و السيطرة مشكوكاً و إن منشأه هو الملكية الاختيارية أو القهرية كالإرث أو الاذن من المالك، أو انّه العدوان و قهر المالك، أو مع عدم الاذن منه، ففى صورة الشك تجرى هذه القاعدة و تحكم بملكية المستولى و صاحب اليد، و بهذا يتحقق الفرق بين مورد هذه القاعدة و بين مورد قاعدة ضمان اليد التى تقدم البحث فيها مفصّلًا؛ فان مورد تلك

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۳۷۱

القاعدة صورة العلم بكون الاستيلاء واقعاً عدواناً و بدون اذن المالك و رضاه، و مورد هذه القاعدة صورة الشك فى ذلك، فتفترق القاعدتان من حيث المورد كافتراقهما من حيث الحكم و المفاد.

الجهة الرابعة- فى مقدار حجيّة القاعدة و موارد جريانها،

اشارة

فإنه قد وقع الخلاف فى جملة من الموارد بعد الاتفاق على أصل الاعتبار فى الجملة، فنقول: لا شبهة فى جريانها فى الأعيان المملوكة إذا كانت العين فى حدّ نفسها قابلة للنقل و الانتقال، و لم تكن من قبيل الأعيان الموقوفة، بل و لا من الأراضى المفتوحة عنوة العامرة حال الفتح حيث؛ إن جواز النقل و الانتقال فى الوقف يحتاج الى عروض بعض العناوين المجوزة كالخراب و مثله المذكورة فى محلّه، و فى الأراضى المفتوحة يحتاج الى ان يرى ولىّ المسلمين المصلحة فى نقلها، و هذا الذى ذكرنا انّما هو من جهة كونها عيناً و من جهة القابلية للنقل و الانتقال، و أمّا من الجهات الأخر كعدم كون اليد من أوّل حدوثها مجهولة العنوان، و عدم كون ذى اليد معترفاً بأنها ليست له، و غير ذلك فهو محلّ خلاف كما سيأتى،

و بالجملة فموارد الخلاف كثيرة:

الأوّل المنافع،

فإنه وقع الإشكال فى جريان قاعدة اليد فيها، و لكن الظاهر هو الجريان؛ لإطلاق قوله «۱» (ع) فى موثقة يونس المتقدمة: من استولى على شىء منه فهو له؛ لان المنافع من جملة الأشياء، مضافاً الى ظاهر الرواية المتقدمة الواردة فى الرّحى التى كانت لرجل على نهر قرية، فأراد صاحب القرية ان يسوق الى قريته الماء فى غير هذا النهر، المستلزم لتعطيل الرّحى؛ إذ حكم (عليه السلام) بوجوب اتقاء اللّه، و العمل

---

(۱) الوسائل ۱۷: ۵۲۵ ب ۸ من كتاب ميراث الزوجين ح ۳.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۳۷۲

بالمعروف و عدم إضرار أخيه المؤمن.

هذا و قد صرّح المحقق النراقى «۲» (قده) فى العوائد بعدم الشمول للمنافع، بل مقتضى ذيل كلامه عدم تحقق اليد و الاستيلاء موضوعاً بالنسبة إلى المنافع، فإنه (قده) بعد الاستدلال لعدم الشمول بالأصل، و عدم ثبوت الإجماع فى غير الأعيان، و اختصاص الاخبار بها على اختلافها من حيث ظهورها فى خصوص الأعيان أو إجمالها أو عدم دلالتها على ما هو المطلوب من الأمارية، و بعد دعوى اختصاص صدق اليد حقيقة بالأعيان؛ لأنها المتبادرة عرفاً من لفظ اليد و الاستيلاء، قال: و هنا كلام آخر و هو ان اليد و الاستيلاء انما هو فى الأشياء الموجودة فى الخارج القارّة، و أمّا الأمور التدريجيّة غير القارّة كالمنافع، فلو سلّم صدق اليد و الاستيلاء عليها، فإنّما هو فيما تحقّق و مضى لا فى المنافع المستقبلة التى هى المراد هاهنا.

و الجواب عنه أوّلًا بالنقض بأصل الملكية؛ فإنه لو لم تكن المنفعة التى وجودها تدريجى قابلة لان يتعلّق بها الاستيلاء و تقع مورداً للسّلطة و اليد باعتبار كون وجودها غير قارّ، لم تكن قابلة لان تقع مملوكة ايضاً؛ لعدم الفرق بين الملكية و الاستيلاء من هذه الجهة أصلًا، مع ان تعلق الملك بها مضافاً الى بداهته لا يلتزم القائل باستحالته كما هو ظاهر.

و ثانياً بالحلّ، و هو ان المراد بالاستيلاء المساوق لليد ليس هو الاستيلاء الحقيقى حتى يمنع تعلقه بالأمر غير الموجود، بل الاستيلاء الاعتبارى، الذى يعتبره العقلاء فى موارده، و يستتبعه الاختصاص، و هذا لا مانع من ان يتعلق بالأمر الذى لا يكون موجوداً بالفعل، كما ان الملكية

---

(۲) عوائد الأيام: ۲۵۷.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۳۷۳

المتعلقة به أمر اعتباری و نسبة معتبرة عند العقلاء بين المالك و المملوك، فالظاهر إمكان تحقق الاستيلاء و اليد بالنسبة إلى المنافع، كما فى الملكية، بل قد عرفت شمول الأدلة و عدم اختصاصها بالأعيان، فالإشكال فى هذه الجهة ممّا لا مجال له، و أمّا ما قيل من ان المراد باليد هى السيطرة و الاستيلاء الخارجى، سواء كان هناك معتبر فى العالم أم لا؛ إذ اليد بالمعنى المذكور من الأمور التكوينية الخارجية، و ليست من الأمور الاعتبارية، و لذلك تتحقق اليد من الغاصب مع انه لا اعتبار لا من طرف الشارع و لا من طرف العقلاء، و القول بأنه باعتبار نفسه شطط من الكلام يدفعه ان الاعتبار المفقود فى الغاصب هو اعتبار الملكية لا اعتبار كونه فى يده و هو مستول عليه، كيف و قد حكم الشارع بضمانه بقوله «۱» (ص): على اليد ما أخذت حتى تؤدّى؛ فإنه مع عدم اعتبار كونه مأخوذاً لليد و هى آخذته، لا معنى للحكم بضمانه، و الإنصاف انها ليست من الأمور التكوينية المتحققة مع قطع النظر عن الاعتبار، بل أمر متحقق به، و لذا يختلف مواردها كما ذكرنا فى أوّل بحث القاعدة، نعم يبقى الإشكال فى ان الاستيلاء المتعلق بالمنافع هل هو استيلاء مستقلّ فى قبال الاستيلاء المتعلق بالأعيان بحيث يكون لمالك العين و المنفعة استيلاءان يكشف كل منهما فى عرض واحد، عن ملكية المستولى بالنسبة إلى المستولى عليه، الذى هو العين فى أحدهما و المنفعة فى الأخر، أو ان يد صاحب المنافع عليها تبعية فى طول الاستيلاء المتعلق بالأعيان، أو انه لا يكون هنا الّا استيلاء واحد متعلق بالأعيان، غاية

---

(۱) سنن ترمذى ۳: كتاب البيوع ح ۱۲۶۶. سنن ابن ماجة ۲: كتاب الصدقات باب العارية ح ۲۴۰۰ مسند حنبل ۵: ۸ و ۱۲ و ۱۳.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۳۷۴

الأمر أنه يكشف عن ملكية العين و المنفعة جميعاً، أو انه لا يكشف الّا عن ملكية العين، غاية الأمر ان ملكية العين تكشف عن ملكية المنافع، فهى مكشوفة لا بأصل الاستيلاء المتعلق بالعين، بل بالملكية المتعلقة بالعين المنكشفة بسبب الاستيلاء المتعلق بها؟ وجوه و احتمالات متصورة بحسب التصور الابتدائى و النظر البدوى، و لكن الظاهر هو الاحتمال الثانى؛ لابتناء الأخيرين على عدم تعلق الاستيلاء بالمنافع، و قد عرفت وقوعه فضلًا عن إمكانه، و أمّا الاحتمال الأوّل فهو ايضاً خلاف ما هو المعتبر عند العقلاء؛ فإنهم لا يعتبرون الاستيلاء بالنسبة إلى المنافع الّا تبعاً للاستيلاء المتعلق بالأعيان، كما هو ظاهر.

ثمّ انه فصّل المحقق «۱» البجنوردى (قده) فى المنافع من جهة جريان القاعدة فيها بما حاصله: أنه تارة يكون المدعى هو المالك باعتراف ذى اليد، بان يقول مثلًا يا زيد المدّعى هذه الدار التى الآن فى يدى ملكك، و لكنها فى اجارتى إلى سنة مثلًا و أخرى يكون المدعى أجنبيّا أى ليس بمالك، مثل ان يدعى شخص آخر و يقول: فى اجارتى لا فى اجارتك، ففى الثانى تكون اليد حجة فى مقابل الأجنبى دون الأوّل، أى فى مقابل المالك؛ نظراً الى ان المدعى لو كان هو المالك، فحيث انّ ذا اليد معترف بان يده امانيّة و من قبل المالك، ففى الحقيقة يده يد المالك، فلا مجال للمخاصمة مع المالك مثل هذه اليد؛ لأنه أسقطها عن الاعتبار بالنسبة إلى المالك، باعترافه ان يده امانيّة، و أمّا بالنسبة إلى الأجنبى فلا من جهة ان اليد موجودة على الفرض و لم يصدر عن ذى اليد اعتراف يضرّ باماريتها بالنسبة إلى

---

(۱) القواعد الفقهية ۱: ۱۲۳.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۳۷۵

الأجنبى، نعم يبقى المطالبة بدليل على اعتبار مثل هذه اليد التبعية، ثمّ اختار انه لو كان المدرك هو الاخبار أو الإجماع فإثبات الاعتبار مشكل فى الأوّل، و معلوم العدم فى الثانى، و لو كان المدرك هو بناء العقلاء يتعين التفصيل المذكور.

أقول: قد مرّ ان يد المستأجر انّما هى يد الموجر، كما انه قد مرّ ان اليد على المنافع و الاستيلاء عليها، انّما هو بتبع اليد على العين و فى طولها، لكن المراد بالأوّل هو ما إذا كانت اليد ملحوظة بالنسبة إلى أصل ملكية العين، بمعنى ان يد المستأجر كاشفة عن ملكية الموجر

للعين المستأجرة، كما ان يد المؤجر كاشفة عنها، و أمّا بالنسبة إلى المنفعة التى هى ملك للمستأجر بسبب الإجارة؛ فلا مجال لتوهم كون يده يده كما هو ظاهر، كما ان المراد بالثانى ما إذا كانت العين تحت يد المالك؛ فإنه حينئذ يكون الاستيلاء على المنافع بتبع الاستيلاء على العين و فى طولها، و أمّا إذا كانت العين تحت يد المستأجر فلا تكون هذه التبعية، بل تصير مثل أصل الملكية؛ فإن تبعية ملكية المنافع لملكية العين انّما هى فى مورد المالك للعين، و أمّا بالنسبة إلى المستأجر فالملكية متحققة من دون ان يكون هناك تبعية أصلًا، و على ما ذكرنا لا يبقى مجال للتفصيل المذكور؛ فانّ اليد كاشفة عن ملكية المنافع سواء كانت المخاصمة مع المالك أو مع الأجنبى، و أمّا الإشكال فى شمول الاخبار لليد على المنافع فقد عرفت الجواب عنه، و إن بعض الروايات واردة فى خصوص المنفعة، فلا فرق بين ان يكون المدرك هى الاخبار أو بناء العقلاء، نعم قد عرفت المناقشة فى أصل اعتبار الإجماع فى القاعدة، بأنه لا أصالة له و لا يكشف عن موافقة المعصوم (عليه السلام)

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۳۷۶

بوجه، فراجع.

الثانى من موارد الخلاف، جريان القاعدة بالنسبة إلى نفس صاحب اليد

إذا شك فى ان ما بيده ملك له أو لغيره، و لم يكن فى مقابله مدّع أصلًا، و الظاهر هو الجريان؛ لإطلاق قوله (ع) فى موثقة يونس المتقدمة: و من استولى على شىء منه فهو له، و لكنه ربما يناقش فى الاستدلال بها بان الظاهر من هذه الرواية انه (ع) فى مقام مخاصمة الزوج مع الزوجة حكم بان كل واحد منهما إذا كان مستولياً على شىء من متاع البيت فهو له، فلا إطلاق لها يشمل صورة عدم التنازع و عدم وجود مدّع فى البين.

و يدفع هذه المناقشة مضافاً الى ان المفروض فيها موت أحد الزوجين فلا معنى للمخاصمة بينهما انه على تقدير التصحيح بان المراد مخاصمة ورثة الميت لأحد الزوجين لم يفرض فى الرواية التخاصم و التنازع بوجه، بل قد عرفت انّ ذيل الرواية انّما هو فى مقام افادة قاعدة كلية و ضابطة عامة و هى تشمل صاحب اليد ايضاً كما لا يخفى، نعم لا مجال للاستدلال بموثقة مسعدة بن صدقة المتقدمة، لا لان مساق تلك الرواية فى بيان قاعدة الحلّ و لا ربط لها بباب اليد أصلًا؛ فإنك عرفت تماميّة دلالتها على قاعدة اليد، بل لأجل ان موردها اعتبار يد الغير بالنسبة إلى ملكية ما فى يده، و لا دلالة لها على اعتبار اليد فى حق نفس ذى اليد.

و ربما يستدل على الخلاف بصحيحة «۱» جميل بن صالح المتقدمة؛ إذ انه (ع) حكم فيها فى ما وجده الرجل فى داره من الدينار مع دخول الغير فيها أحياناً، بأنه ليس له، مع ثبوت اليد و الاستيلاء عليه، و أيضاً علل (ع)

(۱) الوسائل ۱۷: ۳۵۳ ب ۳ من أبواب اللقطة ح ۱.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۳۷۷

كون ما وجد فى الصندوق له بما يفيد العلم بأنه ليس لغيره من عدم إدخال غيره يده فيه أصلًا.

و بموثقة «۱» إسحاق بن عمّار عن رجل نزل فى بعض بيوت مكة فوجد فيها نحواً من سبعين درهماً مدفونة، فلم تزل معه و لم يذكرها حتى قدم الكوفة، كيف يصنع؟ قال يسأل عنها أهل المنزل لعلّهم يعرفونها، قلت: فان لم يعرفوها؟ قال يتصدق بها؛ نظراً إلى انه لا شك فى ان الدّراهم كانت فى تصرّف أهل المنزل و تحت أيديهم، و لو كانت يدهم حجة بالنسبة إليهم، لكان اللازم مع عدم المعرفة الردّ إليهم لا التصدق بالدّراهم كما هو ظاهر.

أقول: امّا الصحيحة، فالظاهر عدم دلالتها على ما رامه المستدل بوجه؛ فان الظاهر ان سؤال الإمام (عليه السلام) عن انه هل يدخل منزله غيره أم لا؟ كان لأجل افتراق الصّورتين فى الحكم؛ ضرورة انه لا مجال للاستفصال و السؤال مع اشتراك الحكم و عدم الاختصاص،

و حينئذ يستفاد من الرّوايـة ان دخول الغير منزل الرجل له دخل فى الحكم بكون الـدينار الـذى وجـده الرجل لقطة، و انه لو لم يكن كذلك لا يكون لقطة، بل هو لصاحب المنزل المستولى عليه، و الحكم بكونه لقطة فى ذلك المورد انّما هو لأجل انه مع دخول الغير فى المنزل، خصوصاً إذا كان كثيراً، لا يكون للرجل استيلاء على الـدّراهم، خصوصاً مع كون المتعارف فى الـدراهم و الدّنانير ان لهما موضعاً مخصوصاً بعيداً عن أيدى الداخلين و أنظارهم، كما ان التفصيل فيما لو وجد فى صندوقه ديناراً بين ما يدخل أحد غيره يده فيه و بين غيره، ليس لأجل انه مع عدم إدخال الغير يده فيه يحصل له

---

(۱) الوسائل ۱۷: ۳۵۵ ب ۵ من أبواب اللقطة ح ۳.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۳۷۸

العلم بكونه مالكاً له؛ ضرورة انه قد يحصل له الشك فيه و لو مع العلم بعدم إدخال الغير يده فيه، كيف و لا مجال مع العلم للسؤال فى الروايـة، بل لأجل انه مع انحصار التصرف فى الصندوق به نفسه يكون هو المستولى فقط على ما فيه، و أمّا مع إدخال الغير يـده فيه، الذى يكون كناية عن استيلاء الغير ايضاً لا يكون الاستيلاء له فقط.

و أمّا الموثقة فالظاهر ايضاً عدم تمامية الاستدلال بها؛ لان بيوت مكّة فى الموسم يكون أكثرها منزلًا للحجّاج على ما هو المتعارف فى هـذه الأزمنة، مع شدّة و كثرة عددها، فكيف بالأزمنة السّالفة؟ و من المعلوم انه فى تلك الأيام لا يبقى لصاحب المنزل استيلاء على ما فى منزله، خصوصاً بالنسبة إلى الدراهم التى وجدها الرجل مدفونة، فإن الظاهر انه ليس المراد بالدفن الا كونها مستورة تحت رماد و نحو ه، مما هو من آثار من دخل فى المنزل قبل هذا الرجل ممّن هو مثله؛ لان الرجل المسافر لا يكون من شأنه الإقدام على حفر منزل غيره، و بالجملة فالحكم بالتصدق مع عدم معرفة أهل تلك البيوت ليس لأجل عدم اعتبار يد المستولى بالنسبة إلى نفسه، بل لأجل عدم تحقق استيلاء فى أمثال مورد الرواية، فتدبّر.

الثالث من موارد الخلاف ما لو كان حال اليد فى السابق معلوماً،

و بعبارة اخرى: كان حال حدوثها معلوم العنوان، و فيه صور؛ فإنّه تارة يعلم بأنها كانت فى السابق يداً عادية و كان ذو اليد غاصباً لما تحت يده، غاية الأمر انه يحتمل فعلًا ان يكون مالكاً له بالانتقال اليه بناقل شرعى اختيارى، أو قهرى كالإرث، و أخرى يعلم بكون اليد السابقة يد عارية أو إجارة أو وكالة و نحوها، و الآن يحتمل كونه مالكاً للعين كذلك، و ثالثة

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۳۷۹

يعلم بكون العين التى بيده موقوفة، و الآن يشك فى ملكية ذى اليد باعتبار احتمال عروض بعض الأمور المسوغة لنقلها و تحقق النقل و الانتقال بعده.

امّا فى الصورة الأولى، فالظاهر عدم اعتبار اليد، لان العقلاء لا يكون بناؤهم فى هذه الصورة على معاملة ذى اليد معاملة المالك، و لا تكون يده حينئذ امارة على الملكية و كاشفة عنها مضافاً، الى بعض ما يجىء فى الصورة الثانية.

و أمّا فى الصورة الثانيـة، فقد لا يكون فى مقابل ذى اليد مدّع لملكية العين أصلًا، و قد يكون، و على التقدير الثانى قد يكون المدّعى هو الذى كان مالكاً للعين سابقاً، و كان ذو اليد مستأجراً له أو مستعيراً منه، و قد يكون المدّعى أجنبيّا، كما انه على هذا التقدير قد يقع الكلام فى حكم اليد الكذائية، و انه كيف يتعامل معها، و قد يقع الكلام فى حكم الحاكم و انه كيف يحكم؟

إذا عرفت ذلك، فاعلم ان مقتضى إطلاق كلام المحقق «۱» النائينى (قدّس سرّه) سقوط اليد فى جميع التقادير، و لزوم العمل على ما يقتضيه استصحاب حال اليد؛ نظراً الى ان اليد انما تكون امارة على الملك إذا كانت مجهولة الحال غير معنونة بعنوان الإجارة و العارية و الغصب و نحوها، و استصحاب حال اليد يوجب تعنونها بعنوان الإجارة أو العارية، فلا تكون كاشفة عن الملكية، و لا مجال

لـدعوى حكومة اليد على الاستصـحاب بتوهم ان اليد امارة على الملكية فيرتفع بها موضوع الاستصـحاب؛ لان موضوعه اليد العادية، و اليد تقتضى الملكية فلا يبقى موضوع للاستصحاب؛ و ذلك

(۱) فوائد الأصول ۴: ۶۰۴.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۳۸۰

لان اليد انما تكون امارة على الملكية إذا لم يعلم حالها، و الاستصحاب يرفع موضوع اليد كما هو واضح.

و أورد عليه بوجهين:

أحدهما ما افاده المحقق «۱» العراقى (قـده) من ان هذا الكلام له وجه لو قلنا بان الجهل بالحالة السّابقة مأخوذ فى موضوع دليل اعتبار اليـد و حجيّته، لا ـ ان يكون الجهـل بالحالـة السّابقـة مورداً للقاعـدة كمـا هو كـذلك، و إلا ـ لو كان الجهل موضوعاً لها يلزم ان تكون القاعدة أصـلًا عمليّاً؛ و ذلك لان الفرق بين الأصل و الأمارة هو ان الشك و الجهل مأخوذ فى موضوع الأصل دون الامارة، نعم حجية الامارة و اعتبارها فى مورد الجهل و استتار الواقع، و إلا فمع العلم بوفاقه أو خلافه لا يبقى مورد لجعل الامارة.

و قـد أجاب عنه تلميذهما المحقق «۲» البجنوردى (قـده) بأنه يمكن ان يقال: ان بناء العقلاء على أمارية اليد لا يثبت الملكية شـرعاً إلّا بإمضاء الشارع لـذلك البناء، فاذا قال الشارع: لا تنقض اليقين بكونها يـد عاريـة أو يـد أمانـة مالكيـة أو شـرعية بالشك فى بقاء تلك الحالة السابقة، و ابن على بقاء تلك الحالة، فهذا ردع عن تلك السيرة و ذلك البناء.

ثانيهما ما افاده سيدنا الأسـتاذ الأعظم الخمينى مـدّ ظله العالى من ان اليـد المسبوقة بكونها عاريـة أو إجارة، امّا ان تكون عند العقلاء معتبرة و كاشـفة عن الملكيـة، و أمّا ان لا تكون كذلك، فعلى الأوّل لا مجال للاستصـحاب بعد اختصاص اعتباره بشـريعة الإسـلام، و عدم اختصاص بناء

(۱) القواعد الفقهية ۱: ۱۱۸ و ۱۱۹.

(۲) القواعد الفقهية ۱: ۱۱۸ و ۱۱۹.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۳۸۱

العقلاء فى اعتبار اليـد بخصوص المتديّنين منهم كما، هو ظاهر، و على الثانى لا حاجة الى الاستصـحاب؛ لان نفس وجود تلك الحالة السابقة كافٍ فى عدم الاعتبار على ما هو المفروض.

ثمّ قال: و يمكن ان يقال كما هو ظاهر العبارة بأن اليـد التى هى مورد بناء العقلاء هى اليد الموصوفة بكونها مجهولة الحال غير معنونة بعنوان الإجـارة و غيرها، و عليه فالرجوع الى الاستصـحاب انّما هو من باب تشـخيص مورد البناء و تمييزه عن غيره، فباستصـحاب حال اليـد الحاكم بكونها معنونـة بعنوان الإجارة أو العارية يعرف عدم كون اليد المسبوقة بذلك مورداً لبناء العقلاء و حكمهم بالاعتبار، و يرد عليه حينئذ مضافاً الى ما عرفت من عدم جواز تشـخيص المورد بالاستصـحاب الذى يختص اعتباره بطائفة خاصة من العقلاء و هم المتـدينون بـدين الإسـلام، بعـد كـون المنـاط فى حجيّتهـا هو بنـاء العقلاـء بمـا هم عقلاـء انه مع قطع النظر عن ذلـك نقول: إنّ هـذا الاستصـحاب ليس واجـداً لشـرائط الحجيّة؛ لأنـه يشترط فى حجيّته ان يكون المستصـحب حكمـاً شـرعيّاً أو موضوعـاً لأثر شـرعى، و استصـحاب حال اليد و كونها معنونة بعنوان الإجارة أو العارية لا يكون واجداً لهذا الشـرط؛ لانه لم يرد فى دليل شرعى ترتب اثر على اليـد المعنونة بغير عنوان الإجارة و العارية حتى يحرز بالاستصـحاب عدم تحقق الموضوع فيترتب عليه نفى ذلك الأثر، كما لا يخفى، هـذا كلّه فيمـا لو اسـتند فى اعتبـار اليـد الى بنـاء العقلاـء بمـا هم عقلاـء، و أمّا لو اسـتند فيه الى قوله (ع) فى موثقـة يونس بن يعقوب المتقدمة: و من استولى على شىء منه فهو له، فإن أخذ بظاهره فمقتضى إطلاقه اعتبار اليد هنا، و إن ادّعى فيه التقييد، فان كان

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۳۸۲

القيد هو الملكية، و كان المراد هو الاستيلاء الملكى، لزم كون القضية ضرورية بشرط المحمول كما هو ظاهر، و إن كان القيد هو عدم العلم بكونها ملكاً أو إجارة أو عارية أو غيرها فمقتضاه اعتبار اليد فى المقام؛ لان المفروض الشك فى كون اليد الفعلية بعنوان الإجارة أو العارية أو غيرهما.

و بعبارة اخرى: ان كان القيد هو إحراز كونه استيلاء ملكياً لا اجارة و لا عارية و لا غيرهما، فالشك فى ذلك يوجب عدم اعتبار اليد، و لا يحتاج الى استصحاب بقائها على الحالة السّابقة، و إن كان القيد هو الشك فى ذلك، فمجرد الشك يوجب اعتبار اليد بمقتضى الرّواية و لا مجال للاستصحاب بعد حكومة الأمارة عليه، و منه ظهر الخلل فى ما افاده، و إن قلنا بان المستند هو بناء العقلاء؛ و ذلك لان المراد من قوله فى صدر العبارة: ان اليد انما تكون امارة على الملك إذا كانت مجهولة الحال، ان كان هو مجرد الجهل بحال اليد و عدم العلم به، فلازمه اعتبار اليد فى المقام؛ لان المفروض جهالة حال اليد و عدم العلم به، و إن كان المراد هو عدم تعنونها بعنوان الإجارة و العارية و نظائرهما، فاللازم إحراز ذلك، و لا يكاد يحرز عند العقلاء بما هم عقلاء بالاستصحاب الذى يختص جريانه بشريعة الإسلام كما عرفت.

و الحقّ ان يقال: انه لا ريب فى اعتبار اليد فيما لو لم يكن فى مقابل ذى اليد مدّع أصلًا، و كان هو المدّعى للملكية لبناء العقلاء على ذلك كما يظهر بالمراجعة إليهم، نعم يحتمل ان يكون الوجه فى بنائهم هو كون ذى اليد فى المقام مدّعياً بلا معارض، فالأخذ بقوله انما هو لهذه الجهة، لا لأجل كونه ذا اليد، و يحتمل ان يكون من باب كونه ادّعاء من ذى اليد أو من باب اليد المقرونة بالادّعاء، و تظهر الثمرة بين الاحتمالين فيما لو كان فى

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۳۸۳

مقابله مدّع آخر أجنبى، فإن قلنا: إن الأخذ بقوله من باب كونه من قبيل المدّعى بلا معارض، فلا وجه حينئذ لتقديم دعواه على دعوى الأخر بعد خروجه عن ذلك العنوان و صيرورته مدّعياً مع المعارض.

و إن قلنا: إن الأخذ بقوله من جهة كون ادّعائه دعوى صادرة من ذى اليد، أو كون يده يداً مقرونة بالادّعاء، فالظاهر حينئذ تقديم قوله و لو مع وجود معارض فى مقابله لترجيح دعواه على دعواه؛ لكونه ذا اليد دونه، و لمّا كان الظاهر ان الأخذ بقوله يكون عند العقلاء من جهة الاحتمال الثانى دون الأوّل كما يظهر بالمراجعة إليهم فيظهر حكم ما لو كان فى مقابله مدّع أجنبى، و انه فى كلتا الصورتين يجب الأخذ بقوله و ترتيب الأثر على يده و التعامل مع ما فى يده معاملة الملك.

و أمّا لو كان فى مقابله مدّع هو مالك العين سابقاً، و كان ذو اليد مستأجراً له أو مستعيراً منه، فالظاهر عدم اعتبار اليد هنا عند العقلاء؛ لأنهم لا يعتبرونها فى مقابل ادّعاء المالك للعين، و لا تكون فى نظرهم كاشفة و أمارة على ملكية العين بالنسبة إلى ذى اليد الذى كان مستأجراً أو مستعيراً، هذا مع عدم رفع الأمر إلى الحاكم، و أمّا مع رفعه اليه فالظاهر بعد عدم اعتبار يد ذى اليد انه يقدّم دعوى المالك؛ لانه بنظر العرف هو المنكر، كما ان قوله موافق للأصل الذى هو استصحاب بقاء ملكيته و عدم حدوث الملكية لذى اليد، فمع عدم البينة له على دعواه، يتوجه الحلف الى المالك، و به يرتفع التخاصم.

كما انّه إذا كان فى مقابل ذى اليد مدّع أجنبى، و رفع الأمر إلى الحاكم، يكون تقديم قول ذى اليد متفرعاً على كون الأخذ بقوله، إذا

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۳۸۴

لم يكن فى مقابله مدّع أصلًا، من باب كون دعواه دعوى صادرة من ذى اليد أو يده يداً مقرونة بالادّعاء، و أمّا لو قلنا هناك: إن الأخذ بقوله انّما هو من باب كونه مدّعياً بلا معارض، فلا وجه لتقديم قوله هنا مع الترافع ايضاً، كما هو واضح.

هذا كلّه فيما لو كان ذو اليد مدعياً لملكية العين، مدعياً و كانت يده مقرونة بالادّعاء، و أمّا مع خلوّها عنه، فلا ريب فى عدم اعتبارها؛ لعدم بناء العقلاء على الأخذ بها، كما هو ظاهر.

و أمّا الصورة الثالثة و هى كون العين فى السابق موقوفة، و الآن يحتمل كونها ملكاً لذى اليد؛ باعتبار عروض بعض المسوغات لنقلها، فهى على قسمين؛ لأنّه تارة تكون يده عليها فى السابق يداً على العين الموقوفة، و الآن يحتمل ان تكون يده يداً على ملك نفسه، و بعبارة اخرى: كان حدوث يده بعنوان اليد على العين الموقوفة و بقاؤها محتملًا لان يكون بعنوان الملكية، و أخرى تكون العين فى السابق موقوفة، و يحتمل صيرورتها ملكاً لذى اليد عند حدوث يده، بان كان انتقالها اليه و صيرورتها فى يده بعنوان الملكية.

و حكى عن السيّد الطباطبائى «۱» (قده) فى ملحقات العروة أنّه فصل بين الصّورتين، و حكم باعتبار اليد فى الصورة الثانية دون الاولى؛ نظراً الى ان استصحاب حال اليد و انّها يد على العين الموقوفة، حاكم عليها، بخلاف ما إذا لم يعلم ذلك، و احتمل ان تكون اليد حدثت بعد بطلان الوقف، فإنه لا يكون فى البين ما يقتضى سقوط اعتبار اليد و أماريّتها.

---

(۱) العروة الوثقى ۳: ۱۷.

و الظاهر عدم اعتبار اليد فى الصّورتين؛ لعدم بناء العقلاء على ملاحظتها و ترتيب الأثر عليها؛ و ذلك لانّ الوقف الذى مرجعه الى تحبيس المال، و إن كان لا يختص بالمتشرعة، ضرورة ثبوته بين العقلاء غير المنتحلين للشريعة، كما نراه بالوجدان، الّا ان المسوغ لنقل العين الموقوفة عند العقلاء امّا ان يكون منتفياً رأساً، كما لعلّه الظاهر، أو يكون على تقدير وجوده نادراً جدّاً، بحيث لو تصرف ذو اليد فى العين الموقوفة تصرفاً كاشفاً عن الملك و تعامل معها معاملة الملك لا يرونه الّا عاديا، و لا يخطر ببالهم احتمال عروض المسوّغ لنقلها و صيرورتها ملكاً له، كما ان الأمر فى نظر المتشرعة أيضاً كذلك، مع انه يجوز بيع الوقف فى شريعة الإسلام فى موارد كثيرة على ما قيل، و إن كان بعضها بل جلّها لا يخلو عن نظر و إشكال؛ فإنهم أيضاً ينكرون على من فى يده العين الموقوفة إذا تعامل معها معاملة الملك، و يتّهمونه بالتصرف فيها تصرّفاً عدوانيّاً.

و بالجملة لمّا كان المناط و الملاک فى اعتبار اليد هو بناء العقلاء، و قد عرفت ان المسوّغ لبيع الوقف عندهم أمره دائر بين ان يكون منتفياً رأساً، و بين ان يكون ثابتاً مع ندرته جدّاً، فالظاهر انهم لا يعتبرون اليد فى الصورتين؛ لأن الغلبة المورثة للظن بكون ما فى اليد ملكاً لذيها لا تكون ثابتة فى العين التى كانت موقوفة، لو لم نقل بأن الغلبة الموجبة للظن ببقائها على الحالة السّابقة ثابتة، كما هو الظاهر، فالتفصيل المذكور لا وجه له.

ثمّ انّ ما ذكرنا كله، انّما هو فيما لو علم بكون العين فى السّابق موقوفة، و أمّا لو لم يعلم ذلك، بل احتمل ان تكون العين التى تحت يد المستولى موقوفة، فلا ريب فى اعتبار اليد هنا و عدم اعتناء العقلاء بهذا

الاحتمال، و إن كان كلام المحقق النائينى «۱» (قده) على ما فى التقريرات يوهم عدم اعتبارها هنا أيضاً؛ إذ انه يستفاد من بعض كلماته فى هذا المقام ان اليد انما تكون امارة بعد الفراغ عن ان المال قابل للنقل و الانتقال، و الوقف ليس كذلك، فان ظاهره انه يعتبر فى أمارية اليد إحراز كونه قابلًا للنقل و الانتقال، و بعبارة اخرى: إحراز عدم كونه وقفاً، مع انه ليس كذلك؛ لما عرفت من ثبوت بناء العقلاء فى موارد الاحتمال كما اعترف به (قدس سره) فى ذيل كلامه فيما لو احتمل كون المبيع حرّا؛ نظراً إلى ادّعائه و لم يعلم بكونه حرّا قبل استيلاء ذى اليد عليه و إن استند فى ذلك الى ما ورد من الرّواية، الا ان الظاهر عدم الاحتياج إليها، مضافاً الى عدم دلالتها، لورودها فيمن كان عبداً سابقاً أو جارية كذلك، و الآن يدّعى الحرية أو تدّعيها كما يظهر لمن راجعها.

ثمّ انه ربما يمكن ان يقال بابتناء ما ذكر على كون المدرک للقاعدة منحصراً ببناء العقلاء، و أمّا لو قيل بدلالة الروايات مستقلة على ذلک، فيمكن الاستدلال بإطلاق بعضها على الأمارية، و لو كانت العين موقوفة فى أوّل حدوث اليد؛ فان قوله «۲» (ع) فى موثقة يونس المتقدمة: من استولى على شىء منه فهو له، ظاهر فى ان مجرد الاستيلاء موجب للحكم بملكية المستولى، و لا مانع من ان

تكون دائرة الاعتبار فى الشرع أوسع ممّا عليه بناء العقلاء، كما انه يمكن ان يكون بالعكس، و عليه فمجرد محدوديّة بناء العقلاء فى باب اليد لا يستلزم المحدودية فى الشرع أصلًا.

---

(۱) فوائد الأُصول ۴: ۶۰۷.

(۲) الوسائل ۱۷: ۵۲۵ ب ۸ من كتاب ميراث الزوجين ح ۳.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۳۸۷

و لكن يرد عليه: انّ قوله: على شىء منه، يكون الضمير فيه راجعاً الى متاع البيت، و خصوصية متاع البيت و إن كانت ملغاة بنظر العرف، الّا انه لا مجال لإلغاء خصوصيّة عدم كون متاع البيت وقفاً، فلا مجال لاستفادة الإطلاق أصلًا.

الرّابع من موارد الخلاف: ما إذا كان فى مقابل ذى اليد مدّع للملكية لما تحت يده،

و هو ينكره، و فيه صور أيضاً؛ فإنه تارة يكون للمدعى بيّنة على الملكية الفعلية، فلا إشكال فى ان الحاكم يحكم له حينئذ، و أخرى لا يكون، و فى هذه الصورة، تارة تكون ملكيته السّابقة ثابتة بالبينة أو بعلم الحاكم أو بإقرار ذى اليد، و أخرى غير ثابتة، و لا إشكال فى الفرض الثانى، و أمّا الفرض الأوّل فالظّاهر ان علم الحاكم بالملكية السّابقة أو قيام البينة لا يسوغ الانتزاع من ذى اليد؛ لانّه لا أثر لشىء منهما بعد احتمال انتقال المال إلى ذى اليد بناقل شرعى، و استصحاب بقائها على الحالة السابقة محكوم لقاعدة اليد التى هى أمارة كما فى أكثر موارد القاعدة، و أمّا لو كان ثبوت الملكية السّابقة بإقرار ذى اليد، فهو على أقسام؛ لأنه تارة يدعى انتقالها من المدّعى اليه و أخرى يدعى انتقالها من المدّعى عليه الى ثالث و منه اليه، و ثالثة يدعى انتقالها الى الغير من دون ادّعاء انتقاله منه اليه، و رابعة يقتصر على مجرد الإقرار بثبوت الملكيّة للمدعى سابقاً من دون اضافة ادعاء الانتقال منه اليه أو الى الغير.

و قبل توضيح أحكام الصّور الأربع، نمهّد مقدمة و هى: انه لا اشكال نصّاً و فتوى فى ان البينة على المدعى و اليمين على من أنكر أو المدّعى عليه، حسب اختلاف تعبير الروايات الواردة فى هذا المجال، و الظاهر ان

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۳۸۸

تشخيص المدعى و المنكر انّما يكون بيد العرف؛ لأنهما من الموضوعات الخارجية التى لا بدّ فى تشخيصها من الرجوع الى العرف، كتشخيص عناوين الدم و الكلب و الخنزير و غيرها من العناوين الموضوعة للاحكام، فتحديدهما بان المدّعى هو الذى لو ترك تركت الخصومة، بخلاف المنكر، أو بان المدّعى هو الذى كان قوله مخالفاً لحجة شرعية من أصل أو ظاهر، بخلاف المنكر، فإنه الذى تؤيّده حجة شرعية، ان كان المراد هو التحديد العرفى و بيان معناهما عند العقلاء، فلا بأس به، و لكن لو فرض حينئذ حكم العرف فى مورد بانطباق عنوان المدعى على فلان مثلًا فاللازم ترتيب الأثر عليه، و لو لم ينطبق عليه شىء من الحدّين، و إن كان المراد به هو بيان معناهما عند الشارع، فيرد عليه انه لم يرد فى آية و لا رواية التحديد بشىء منهما، بل ليس لبيانه ارتباط بالشارع؛ لأنهما كما عرفت من الموضوعات التى لا بد من الرجوع فى تشخيصها الى العرف، فاللازم الإحالة اليه و لو لم يساعد على شىء من الحدّين.

إذا عرفت ذلك فاعلم انّه فى الصورة الأولى التى يدعى فيها ذو اليد انتقال المال من المدعى عليه اليه من دون واسطة، ينقلب الإنكار من ذى اليد الى الادّعاء، و يصير المدعى منكراً مدّعياً، لو كان الملاك فى تشخيص ذلك هو مصب الدعوى لا النتيجة كما هو الظاهر، فإنه بحسب النتيجة و إن لم يتحقق انقلاب أصلًا ضرورة انه بملاحظة ذلك يكون ذو اليد منكراً و الطرف مدّعياً، و أمّا بحسب مصب الدّعوى و مورد النزاع فالأمر ينقلب، لان ذا اليد يدعى الانتقال و المدعى عليه ينكره، فيحلف لو لم يكن لذى اليد بيّنة و هذا ممّا لا ريب فيه ظاهراً.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۳۸۹

و أمّا الصورة الثانية، فالظاهر عدم تحقق الانقلاب فيها أصلًا؛ لأن ادّعاء الانتقال من المدّعى عليه الى ثالث ليس موضوعاً لحكم الحاكم بعد عدم ترتب الأثر عليه أصلًا، فإن انتقال المال من المدّعى عليه الى ثالث و عدمه، ليس له ارتباط بذى اليد، و ليس ادّعاؤه منه موجباً لإقامة البينة عليه أو الحلف من الأخر مع عدمها كما هو المحقق فى محلّه كما ان ادّعاء انتقال المال من الثالث اليه ليس مرتبطاً بالمدّعى، فلا اثر لحلفه على نفيه، و لا لإقامة ذى اليد البينة على ثبوته، فبعد عدم ترتب الأثر على شىء من الدّعويين لا بد من ملاحظة النتيجة، و بحسبها يكون ذو اليد منكراً و الآخر مدّعياً، كما هو المفروض، و منه يظهر حكم الصورة الثالثة كما لا يخفى.

و أمّا الصورة الرّابعة، فانقلاب الإنكار فيها ادّعاء بعد عدم صدور ادّعاء من ذى اليد بالنسبة إلى الانتقال من المدعى عليه اليه أو الى الغير، مبنى على ان تكون اللوازم العرفية للكلام حجة موجبة لتشخيص المدعى من المنكر، فإنه حينئذ يصير مدّعياً؛ لان لازم الإقرار بثبوت الملكية للمدعى سابقاً مع دعواه ملكية نفسه فعلًا، هو انتقاله منه اليه مع الواسطة أو بدونها، فان قلنا باعتبار هذا اللازم العرفى، فاللازم تحقق الانقلاب و إلا فالعدم.

قاعدة أماريّة اليد

اشارة

و هى ايضاً من القواعد الفقهية المعروفة، و تحقيق الكلام فيها يقتضى البحث فى جهات:

الجهة الاولى– فى المراد من اليد فى هذه القاعدة،

و إن اليد التى تكون موضوعاً للاحكام و الآثار عند العقلاء، و قد وقع التعبير بها فى بعض النصوص الواردة عن العترة الطاهرة عليهم آلاف الثناء و التحيّة ما ذا أريد بها؟ فنقول:

الظاهر ان المراد بها هو الاستيلاء الخارجى و السلطة الفعليّة على شىء خارجاً، و التعبير عن الاستيلاء باليد لأجل كونه ملازماً لليد بمعنى الجارحة المخصوصة، غاية الأمر اختلاف مناشئ الاستيلاء و تعدّد مباديه باختلاف الموارد و الأشخاص، فالاستيلاء على الخاتم مثلًا انما هو بكونه فى يد المستولى و كونه محيطاً بإصبعه أو كونه فى جيبه أو صندوقه مثلًا–

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۳۵۸

و الاستيلاء على الدار انما هو بكونه متصرفاً فيها بما شاء من التصرف، كما ان الاستيلاء على الأراضى انما هو بالذرع و الغرس فيها و الاستيلاء على الدكان انما هو بالكسب و التجارة فيه، أو بان يكون بابه مغلقاً و مفتاح فى يده، و هكذا، كما أن الاستيلاء يختلف باختلاف الأشخاص، فاستيلاء أحد الرّعية لا يتجاوز حدود داره و عقاره مثلًا و أمّا السلطان فهو مستول على الدولة بأسرها، فالتصرف فى شىء من أراضيها و غيرها و لو كان هى القطعة من السماء المختصة بها المعبر عنها بالحريم الفضائى، تصرف فيما هو تحت يده و استيلائه.

نعم ربما يتزاحم بعض الجهات الموجبة للاستيلاء مع البعض الأخر، كما إذا كان أحد الشخصين راكباً على الدابة و زمامها بيد الأخر، و فرض ادعاء كل منهما ملكية تمامها، و لا بدّ حينئذ من الرجوع الى العرف، و انه هل يحكم بتقدم أحد الاستيلاءين فهو، و إلا يسقط كلاهما عن الاعتبار.

و بالجملة لا شبهة فى ان المراد باليد هو الاستيلاء الفعلى و السلطة الخارجية الملحوظة عند العرف و العقلاء، و مجرّد القدرة على تحصيل هذا الاستيلاء لا يوجب تحقق اليد.

و دعوى ان اليد بهذا المعنى تارة تكون مسببة عن الملكية، كما فى موارد البيع و الصلح و الإرث الذى هو سبب قهرى، و أخرى

تكون سبباً لحصولها، كما فى باب الحيازة، مدفوعة بأنه ان كان المقصود من هذه الدعوى كون اليد عبارة أخرى عن الملكية التى هى أمر اعتبارى، فيرده مضافاً الى منع اقتضاء السببية و المسببية لذلك كما هو واضح ان المراد باليد كما عرفت هو الاستيلاء الخارجى المعتبر عند العرف المتوقف على

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۳۵۹

مباد واقعية و مقدمات خارجية و هو يغاير الملكية التى هى أمر اعتبارى محض؛ فان الاستيلاء و إن كان امراً اعتباريّاً و لا مجال لدعوى كونه من الأمور التكوينية؛ ضرورة ان ما يكون فى الخارج هو تصرف المستولى على الدّار مثلًا بما شاء، الّا ان كون هذا التصرف استيلاء و يداً عليها منوط باعتبار العقلاء، بمعنى ان العرف يعدّ ذلك يداً و استيلاء، فالمقام نظير الفوقية و التحتية التى هى من الأمور الاعتبارية غاية الأمر له مباد خارجية، و إن كان المقصود انحصار دائرة اليد بموارد ثبوت الملكية سبباً أو مسبباً، فمن الواضح ايضاً خلافه؛ لانه ربما يتحقق غصباً أو بصورة التصرف فى مال الغير بغير إذنه، غاية الأمر ان اليد التى هى موضوع القاعدة كما سيأتى عبارة عن اليد المشكوكة التى لم يعلم اقترانها بالملكية أو الاذن من المالك، و يحتمل كونها غاصبة، فلا مجال للمناقشة فى ان المراد باليد نفس الاستيلاء الخارجى المتحقق عند العرف و العقلاء.

ثمّ انه ربما يتحقق تعدد اليد و الاستيلاء بالنسبة الى مال واحد و شيء فأرد، كالشريكين أو الشركاء فى دار واحدة، و عليه فمقتضى قاعدة أمارية اليد الحكم بثبوت الملكية لهما أو لهم بنحو الشركة و الإشاعة، و سيأتى الكلام فيه مفصّلًا إن شاء اللّه تعالى.

كما انه لا شك فى ان يد الوكيل إذا اعترف بالوكالة تكون يد الموكّل، و هكذا غير الوكيل كالودعى و المستأجر و المستعير و المرتهن و أشباههم.

الجهة الثانية- فى مدرك القاعدة و مستندها

و هو أمور:

تذنيب

ربما يتوهم المنافاة بين ما ذكرنا من انقلاب الدعوى إلى الإقرار فى الصّورة الأولى و بين ما ورد فى محاجّة أمير المؤمنين «۱» (عليه السلام) مع

---

(۱) الوسائل ۱۸: ۲۱۵ ب ۲۵ من أبواب كيفية الحكم ح ۳. تفسير على بن إبراهيم القمى ۲: ۱۵۵. شرح نهج البلاغة لابن أبى الحديد ۴: ۱۰۱.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۳۹۰

ابى بكر فى قضية فدك، و قد تقدم فى ضمن الروايات الدالة على اعتبار اليد الرواية الدالة على هذه المحاجّة و رواها فى الاحتجاج «۱» مرسلة.

بيان توهّم المنافاة أن الصّديقة (عليها السلام) قد اعترفت بان فدكاً كانت ملكاً لرسول اللّه (ص) و ادّعت انّها نحلة فلو كان الإقرار بانتقالها موجباً لانقلاب الدّعوى و صيرورة ذى اليد مدّعياً، لكان مطالبة ابى بكر البينة منها (ع) فى محلّها و لم يتوجه عليه اعتراض أمير المؤمنين (ع) بعد البناء على ان ما تركه النبى (ص) لم ينتقل الى وارثه، بل يكون صدقة للمسلمين على ما رووه عنه (ص).

بيان الدّفع على ما افاده بعض المحققين فى تعليقته على الرّسائل و تبعه المحقق اليزدى (قده) فى كتاب «الدّرر» «۲» هو: ان الانقلاب و صيرورة المنكر مدّعياً، انّما هو فيما إذا كان مقابل المدعى منكر حتى يتوجّه عليه اليمين مع عدم إقامة البيّنة، و أمّا إذا كان هنا مدّع

مع عدم منكر فى مقابله، كما إذا قال الخصم: لا أدرى صدق ما تقول أو كذبه و لا اعلم بالحال، فان كانت البينة للمدعى على طبق ما يقول يؤخذ بها، و إلا فلا مانع من الأخذ بسائر القواعد الموجودة، من قبيل الاستصحاب أو اليد، فلو كانت العين فى يد المدّعى، و يدعى انتقالها من الميت فى حال حياته اليه، و لا ينكر ذلك الورثة جزماً، يحكم بكونها ملكاً لذى اليد؛ إذ لا منكر فى مقابله، و منه ظهر الوجه فى اعتراض أمير المؤمنين (ع) على ابى بكر حين طلب منها (ع)

---

(۱) الاحتجاج ۱: ۱۲۲.

(۲) دُرَرُ الفوائد ۲: ۶۱۶.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۳۹۱

البينة؛ فإنه مع عدم إنكاره لدعواها الانتقال إليها فى حياة رسول اللّه (ص) على سبيل الجزم، بل عدم إنكار غيره كذلك، لا وجه للمطالبة البينة منها (ع) مع كون يدها ثابتة، فانتزاع فدك منها كان مستنداً الى محض العناد، و لغرض خلو يد صاحب الولاية من الأمور المالية التى يمكن أن تؤثر فى إثباتها و تنفيذها، كما هو ظاهر.

ثمّ انه أفاد المحقق النائينى «۱» (قده) فى مقام الجواب عن التوهم المذكور كلاماً طويلًا ملخّصه: «ان إقرار الصّديقة (عليها السلام) بان فدكاً كانت لرسول الله (ص) لا- يوجب انقلاب الدعوى؛ فإنه على فرض صحة قوله (ص) نحن معاشر الأنبياء لا نورّث .. لا يكون إقرارها كإقرار ذى اليد، بان المال كان لمن يرثه المدّعى؛ فان انتقال الملك من النبى (ص) الى المسلمين، ليس كانتقال المال من المورث الى الوارث؛ لان انتقال الملك الى الوارث انما يكون بتبدل المالك الذى هو أحد طرفى النسبة، و أمّا انتقاله الى المسلمين فإنما يكون بتبدل أصل النسبة، نظير انتقال الملك من الواهب الى المتهب، و من الوصى الى الموصى له، و توضيحه ان الملكية عبارة عن النسبة الخاصة، و لها طرفان المالك و المملوك، و تبدل النسبة قد يكون من طرف المملوك كما فى عقود المعاوضات، فان التبدل فى البيع انما يكون من طرف المملوك فقط؛ فإنه قبل البيع كان طرف النسبة هو المثمن، و بعد البيع هو الثمن، و قد يكون من طرف المالك كالإرث، فإن التبدل انما يكون من طرف المالك فقط، و قد يكون بتبدل أصل النسبة كما فى الهبة؛ فإن الانتقال فيها ليس كالانتقال فى الإرث و لا كالانتقال فى البيع، بل انما يكون بإعدام

---

(۱) فوائد الأُصول ۴: ۶۱۵.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۳۹۲

النسبة بين الواهب و الموهوب، و إحداث نسبة اخرى بين المتهب و الموهوب، و انتقال ما كان للنبى (ص) الى المسلمين بناء على الخبر المجعول يكون من هذا القبيل؛ ضرورة ان المسلمين لم يرثوا المال من النبى (ص) حتى يكون سبيلهم سبيل الوارث، بل غايته ان أموال النبى (ص) تصرف بعد موته فى مصالحهم، فانتقال المال إليهم يكون اسوأ حالًا من انتقال المال الى الموصى له، و لا أقلّ من مساواته له، و إقرار ذى اليد انما يوجب انقلاب الدعوى من حيث ان الإقرار للمورث إقرار للوارث؛ لقيامه مقامه فى طرف النسبة و إقرار ذى اليد بانّ المال كان للموصى، يكون كإقراره بأن المال كان للثالث الأجنبى، و ليس للموصى له انتزاع المال من يده، بدعوى انه اوصى به اليه، بل تستقرّ يد ذى اليد على المال الى ان يثبت الموصى له عدم انتقاله إلى ذى اليد فى حياة الموصى، فاقرارها (ع) بانّ فدكاً كانت ملكاً لرسول اللّه (ص) لا يوجب انقلاب الدعوى؛ لانه لا يرجع إقرارها بذلك إلى الإقرار بأنها ملك للمسلمين، فإنهم لا يقومون مقام النبى (ص) بل هم اسوأ حالًا من الموصى له، فلم يبق فى مقابل يدها (ع) الّا الاستصحاب و هو محكوم باليد».

و يرد عليه أمور:

منها: ان ما افاده من ان التبدّل فى الإرث انما يكون من طرف المالك مع بقاء المملوك على ما هو عليه، غايته انه قبل موت المورّث

يكون طرف النسبة نفس المورّث، و بعد موته يقوم الوارث مقامه و يصير هو طرف النسبة، يرد عليه مضافاً الى انه لم يقم دليل على ذلك لو لم نقل بقيام الدليل كظواهر الآيات الواردة فى الإرث على الخلاف، و إن الوارث

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۳۹۳

يملك ما ترك المورّث من غير ان يقوم مقامه ان مقتضى ذلك انتقال الأموال إلى الميت لو فرض حياته بعد موته؛ لان المفروض ان الوارث قائم مقامه، و مع وجود المبدل لا يبقى شأن للبدل، مع انه من المعلوم خلافه.

و منها: ان ما افاده من ان انتقال المال بالهبة إلى المتهب ليس من قبيل انتقاله بالإرث و لا من قبيل انتقاله بالبيع، بل انما يكون بإعدام نسبة و إحداث نسبة اخرى، كما فى الوصية، يرد عليه ان إيجاد النسبة الثانية لا بد ان يكون مسبوقاً و لو رتبة بإعدام النسبة الأولى؛ لأنه ما لم يتحقق هذا الاعدام لا يمكن إيجاد نسبة اخرى؛ لعدم اجتماع اضافتين فى آن واحد؛ لامتناع اجتماع ملكيتين مستقلتين على مال واحد، و من المعلوم انه بعد انعدام النسبة الاولى لا- يكون الواهب اولى بالموهوب، بل نسبته إليه كنسبة المتهب اليه، و لا مرجح لأحدهما على الأخر، فايجاده النسبة بعد عدم قيامها به لا اثر له أصلًا.

و منها: ان ما افاده من ان انتقال ما كان للنبى (ص) الى المسلمين بناء على الخبر المجعول ليس كانتقاله الى الوارث، بل هو أشبه بانتقال المال الى الموصى له، لما افاده، يرد عليه انه لا فرق فى الصورتين إلّا فى مجرد دعوى الوارث الملكية و دعوى المسلمين أو وليّهم السلطنة على المال، و إن لم يكن ملكاً لهم، و أمّا كون هذا الفرق موجباً للانقلاب فى الصورة الأولى و عدمه فى الصورة الثانية فلا وجه له أصلًا؛ لعدم مدخلية هذه الجهة فى ما يرجع الى المدعى و المنكر و الآثار المترتبة عليهما، و بعبارة اخرى: محلّ النزاع بين المتخاصمين هو تحقق الانتقال ممن كان ملكاً له أوّلًا و عدمه، و أمّا على انه على تقدير عدم تحقق الانتقال إلى ذى اليد و انتقاله الى

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۳۹۴

الوارث يكون انتقاله كما فى سائر موارد الإرث، أو يكون بنحو خاص، فلا دخالة له فى الفرق أصلًا.

هذا و قد ذكر المحقق البجنوردى «۱» (قده) انه على تقدير تسليم دعوى الانقلاب فالأحسن ان يقال: ان هاهنا دعويين، إحداهما: دعوى الانتقال، و بالنسبة الى هذه الدعوى هى (سلام الله عليها) مدّعية، و عليها البيّنة، و الأخرى: دعوى الملكية، و بالنسبة الى هذه الدعوى فلأنها (عليها السلام) كانت ذات يد، تكون البيّنة على طرفها أى أبى بكر، الذى كان بزعمه ولىّ المسلمين فكأن أمير المؤمنين (ع) احتج على ابى بكر بالنسبة الى هذه الدعوى الأخيرة ان كانت الدعوى الاولى مسكوتاً عنها.

و يرد عليه: انه ان كان المراد هاهنا دعويين غير مرتبطتين، وقعت الاولى مسكوتاً عنها و الثانية مورداً للإنكار، فمن الواضح خلافه؛ ضرورة ارتباط الدعويين و ابتناء الثانية على الاولى، و إن الملكية انّما هى لأجل تحقق النّحلة و الإعطاء من النبى الأكرم (ص).

و إن كان المراد انه مع تحقق الارتباط و ابتناء الثانية على الاولى يقطع النظر عن الاولى و يتكل على الثانية، و الاعتراض انما هو مبنى عليها، فالظاهر انه لا وجه للإغماض و قطع النظر عن الأولى التى هى الأصل للثانية، فالجواب عن التوهم المذكور ما ذكرنا.

و ينبغي التّنبيه على أمور:

الأوّل لا إشكال فى تقدم اليد بناء على كونها امارة على الأصول العملية،

التى منها الاستصحاب الجارى على خلاف مقتضى اليد فى جل

---

(۱) القواعد الفقهية ۱: ۱۲۳.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۳۹۵

مواردها لو لم كلّها؛ و ذلك لتقدم الامارة على الأصل العملى على ما هو المحقق فى محلّه، و أمّا ما حكى عن المحقق «۱» العراقى (قده) فيما إذا ادعى ذو اليد انتقال المال من المدعى عليه اليه، من ان مقتضى اليد هو كون هذا المال ملكاً لذى اليد، و انه انتقل منه اليه، و مقتضى استصحاب عدم الانتقال عدم كونه ملكاً لذى اليد و بقاؤه على ملك الطرف، فأمارية اليد هنا مع حجية الاستصحاب مما لا يجتمعان، و بناء على حجية الاستصحاب لا يبقى مجال لأمارية اليد؛ لأن مؤدى الاستصحاب هو التعبد بعدم الانتقال، و معه لا يبقى لليد مجال، فيرد عليه: وضوح تقدم الامارة على الأصل فى صورة التعارض و عدم الاجتماع، و إن كان مراده عدم حجية اليد فى خصوص هذا المورد؛ لما عرفت من الانقلاب و صيرورة المدعى منكرا و بالعكس، كما ذكرنا، فهو صحيح، و لكنه لا يلائم عبارته أصلًا كما لا يخفى.

و أمّا بناء على كون اليد أصلًا عمليّاً أو مردّداً بين كونه امارة أو أصلًا، فالظاهر ايضاً تقدمها على الاستصحاب، لانه على فرض التعارض أو تقدم الاستصحاب يصير اعتبارها و جعل الحجية لها تأسيساً أو إمضاء لغواً ففى الحقيقة على هذا التقدير يكون دليل اعتبارها مخصصاً لدليل اعتبار الاستصحاب، و هذا كقاعدتى الفراغ و التجاوز؛ إذ انّهما تقدمان على الاستصحاب الجارى فى موردهما، و إلا تلزم اللّغوية كما ذكر.

و أمّا اليد بناء على كونها امارة، فبالنسبة إلى سائر الأمارات لا إشكال فى تقدم البيّنة عليها، بل ربما يدعى كونه فى باب الدعاوى من المسلّمات عند جميع المسلمين؛ لان توقف ثبوت دعوى المدعى على البينة

---

(۱) القواعد الفقهية للبجنوردى ۱: ۱۲۲.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۳۹۶

و الحكم له استناداً إليها، انّما هو فى مقابل ذى اليد نوعاً، فلا شبهة فى هذا التقدّم، و أمّا تقدم الإقرار على اليد فيما إذا أقرّ بان ما فى يده لزيد مثلًا فلأجل ان اعتبار اليد عند العقلاء انّما هو فيما إذا لم ينضمّ إليها الإقرار بعدم كونه ملكاً له، و لذا لو أقر بهذا المقدار و هو عدم كونه ملكاً له، كفىٰ فى سقوط اليد عن الحجية و الاعتبار، و لا يلزم الإقرار بكونه ملكاً لفلان مثلًا، بل ربما يقال بعدم اعتبار اليد مع تردد ذى اليد فى كونه ملكاً له، و لكن عرفت فى ذكر بعض موارد الخلاف شمول أدلة اعتبار اليد لهذه الصّورة، و لا يلزم اعتقاد ذى اليد الملكية أو إظهاره لها، كما لا يخفى.

و كيف كان فالظاهر انه لا شبهة فى تقدم الإقرار على اليد، و انحصار حجيتها بما إذا لم يكن هناك إقرار على خلافها.

و أمّا بالنّسبة إلى سائر الأمارات غير البينة و الإقرار، فكل امارة تكون حجية اليد مقيدة بعدمها، فهى متقدمة على اليد، و إلا تكون الأمارتان متعارضتين و لا يبقى ترجيح فى البين.

الثانى هل تجرى القاعدة فى الحقوق أم لا؟

و الظاهر ان الحقوق كالمنافع، من دون فرق بين ما تعلّق منها بالأعيان المتمولة كحق الرهانة و حق التولية و نحوهما من الحقوق، و بين ما تعلق منها بالأعيان غير المتمولة كحق الاختصاص المتعلق بالعذرة و الخمر و الميتة، و قد عرفت فى المنافع انه لا فرق بين ما كان فى مقابل ذى اليد مالك العين أو الأجنبىّ، و دعوى ان أدلة اعتبار اليد لا تشمل الحقوق، و إن كانت شاملة للمنافع؛ لان الحقوق أمور اعتبارية صرفة معتبرة عند العقلاء و الشارع، أو خصوص الشارع، بخلاف المنافع؛ فإنها ليست اعتباريّة، بل موجودة بتبع وجود العين، غاية

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۳۹۷

الأمر ان وجود المنافع تدريجى، بخلاف وجود العين، مدفوعة بأن مقتضى إطلاق أدلة الاعتبار الشمول للحقوق، بل يمكن ان يقال

بورود الرواية الواردة فى الرّحى المتقدمة فى الحقوق دون المنافع، فتدبّر.

الثالث هل تجرى قاعدة اليد فى النسب و الاعراض أم لا؟

و ذلک کما لو تنازع شخص مع آخر فی امرأة تحت يد أحدهما، أی: فی بيته و يعاملها معاملة الزوجة، و هکذا فی صبیّ تحت يد أحدهما، فيدعی الأخر کونها زوجة له أو ولداً له، و ينکره صاحب اليد بالمعنى المذکور، لا يبعد ان يقال بثبوت بناء العقلاء هنا ايضاً، کثبوته فی الاملاک، بل يمکن ان يقال بأقوائية الملاک هنا، فان الظن الحاصل من الغلبة هنا أقوى من الظن الحاصل فی الاملاک؛ لشيوع الغصب فيها دون المقام، نعم الظاهر اختصاص الاعتبار فی الفرض الأوّل بما إذا لم يکن هناک إنکار من ناحية الزّوجة التی فی بيته؛ لانه مع وجود الإنکار لم يثبت بناء العقلاء، لو لم نقل بثبوت العدم، فتدبّر. و يؤيد ما ذکرنا حکاية الإجماع على تقديم قول صاحب اليد فيما لو تنازع رجلان فی زوجيّة امرأة هی تحت أحدهما، نعم فی مسألة تنازع اثنين على بنوّة صبی فی يد أحدهما يظهر من کلماتهم التساوی فی الدعوی، و انه من باب التداعی دون المدّعی و المدّعی عليه. نعم قال فی محکی القواعد «۱»: و لو تداعيا صبيّاً و هو فی يد أحدهما لحق بصاحب اليد خاصّة، على اشکال، و يظهر من الفخر «۲» فی شرحه وجود القائل به، و إن اختار نفسه العدم، معلّلا بان اليد لا تأثير لها فی النسب و لا فی ترجيحه،

(۱) القواعد ۲: ۲۳۰ کتاب القضاء.

(۲) إيضاح الفوائد ۴: ۳۹۹.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۳۹۸

بل ربما يقال بان التقديم لو قيل به انما هو لترجيح أحد الإقرارين باليد لا لتقديم قول ذی اليد، من حيث هو ذو اليد، على من يدّعی عليه، هذا و الظاهر ما ذکرنا.

الرّابع قد وقع التسالم بين الفقهاء على قبول إقرار ذی اليد لأحد المتنازعين

فيما بيده بحيث يجعله المنکر کنفس ذی اليد و يجعل الطرف الآخر مدّعياً و عليه إقامة البيّنة و انّما الإشکال فی وجهه و اختلفت الآراء فی ذلک على أقوال:

أحدها ان الوجه فی ذلک هی قاعدة إقرار العقلاء على أنفسهم جائز نظراً الى ان مقتضاها نفوذ الإقرار على النفس و بضرره و حيث انّ ذا اليد فی المقام يقرّ لشخص آخر و يعترف انّه له فهذا إقرار على النفس و اللازم الأخذ به و الحکم بنفوذه و مضيّه.

أقول قد مرّ فی البحث عن قاعدة الإقرار ان مقتضاها الاقتصار فی النفوذ و المضیّ على المقدار الذی بضرره و على خصوص الجهة التی تکون عليه و أمّا الإقرار بنفع الغير فلا يستفاد من القاعدة جوازه و نفوذه فالإقرار على ان ما بيده ملک لزيد مثلًا له جهتان إحداهما الجهة السلبيّة و هی عدم کونه له و الأخرى الجهة الاثباتية و هی کونه لزيد فی المثال و الذی يستفاد من القاعدة نفوذه و مضيه هی الجهة الأولى فقط و قد تقدم فی البحث عن القاعدة ايضاً انه لا فرق فی ذلک بين ان يکون الظرف متعلقاً بالإقرار و بين ان يکون متعلقاً بجائز و انه على التقدير الأوّل أيضاً لا دلالة للقاعدة على نفوذ الإقرار على النفس مطلقا و لو بالإضافة إلى الجهة الاثباتية فراجع.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۳۹۹

ثانيها ان الوجه فی ذلک هی قاعدة «من ملک شيئاً ملک الإقرار به» نظراً الى ان ذا اليد مالک لان يملک ما فی يده للغير ببيع أو صلح أو نحوهما فيملک الإقرار بأنه له.

و يرد عليه ان الذی يملکه هو تمليک الغير المقرّ له فيملک الإقرار به، و المفروض فی المقام انه لم يقرّ به، بل أقرّ بکونه للمقرّ له، و

إن مالكه و المقر لا يكون مالكاً لهذه الجهة حتى يملك الإقرار به، ففى هذا الوجه خلط.

ثالثها: ما حكى عن المحقق العراقى «۱» (قده) من ان اليد امارة على ملكيّة ذى اليد بالدلالة المطابقية، و على نفى كونه للغير بالدلالة الالتزامية، و هاتان الأمارتان تسقطان بسبب الإقرار للغير، و أمّا بالنسبة الى ما عداهما فأماريتها باقية على حالها، فالنتيجة قيام الحجة على نفى الملكية عن ذى اليد و عن غيره، ما عدا المقرّ له، و معلوم ان المال لا يبقى بلا مالك، و بعبارة اخرى: ان هذا المال امّا للمقرّ له أو لغيره يقيناً، فاذا ثبت بواسطة إقرار ذى اليد انه ليس لغير المقرّ له، فلا بد و إن يكون له، فيكون هو المنكر و طرفه المدعى بناء على ما هو التحقيق من ان المدّعى من يكون قوله مخالفاً للحجة الفعليّة، و المنكر من يكون قوله مخالفاً للحجة الفعلية.

و يرد عليه مضافاً الى ما عرفت من ان تمييز المدعى عن المنكر موكول الى العرف كسائر العناوين المأخوذة فى الأدلة موضوعاً للأحكام انه لا بد فى المقام من ملاحظة ان بناء العقلاء على اعتبار إقرار ذى اليد بالنسبة الى المدعى لما تحت يده هل يختص بما إذا لم يكن فى مقابل المدّعى مدّع آخر، أو يعمّ صورة وجود مدع آخر ايضاً؟ فعلى الأوّل لا يبقى مجال

---

(۱) القواعد الفقهية للبجنوردى ۱: ۱۳۷.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۴۰۰

لما افاده؛ لعدم اعتبار الإقرار بوجه، فيصير الرجلان متداعيين، و على الثانى يكون المقرّ، له كنفس المقر و يقوم مقامه، فعلى الأخر إقامة البيّنة و لا يبعد ترجيح الثانى.

الخامس لو أقرّ بما فى يده لزيد، ثمّ أقرّ به لعمرو، بان يكون المقرّ به فيهما تمام ما فى يده، ففى المسألة صورتان:

أولاهما: ما إذا كان الإقرار للثانى بعد الإقرار للاوّل، و فى كلام منفصل،

بل و فى مجلس آخر مثلًا و الظاهر عدم كون هذه الصورة مورداً لتعرض الأصحاب، كما ان الظاهر ان الحكم فيها بطلان الإقرار الثانى و عدم نفوذه على المقرّ بوجه؛ لان نفوذ الإقرار الأوّل مع كونه واجداً للشرائط يجعل المقر أجنبيّا عن المقرّ به؛ لانه يحكم بسببه بكون المال للمقرّ له، و يؤخذ من يده و يجعل تحت يد المقرّ له، و لا مجال لتوهم كون نفوذه معلّقاً على عدم إقرار بخلافه فيما بعد، و إلا تلزم لغوية القاعدة، مضافاً الى انه لا دليل عليه؛ لان مقتضى قاعدة الإقرار ترتب الحكم بالمضى بمجرد تحقق موضوعه، و هو إقرار العاقل على النفس، كما ان دعوى كون الإقرار الثانى بمنزلة التفسير و شرح المراد من الإقرار الأوّل، فينبغى الاعتماد عليه، مدفوعة مضافاً الى عدم كونه تفسيراً له عرفاً بل مناقضاً و مغايراً له بعدم كون التفسير بهذا النحو فى المحاورات العرفيّة مورداً لقبول العقلاء، و قد عرفت فى البحث عن قاعدة الإقرار الفرق بين مقام التقنين و جعل القانون و بين المحاورات العرفيّة الواقعة فى مقام بيان المقاصد، و عليه فالحكم فى هذه الصورة هو لغوية الإقرار الثانى.

ثانيتهما: ما إذا كان الإقرار للثانى عقيب الإقرار للاوّل و فى نفس

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۴۰۱

ذلك الكلام، غاية الأمر بصورة الإضراب، كما إذا قال: هذا المال لزيد بل لعمرو، و المشهور بل ادعى جماعة انه لا خلاف معتد به فيه، بل عن الإيضاح «۱» ان ذلك من قواعدهم و لعلّه ظاهر فى الإجماع انه يقضى بما فى يده للاوّل و بغرامة بدله مثلًا أو قيمة للثانى؛ لأنه بإقراره الأوّل حال بين المقر له الثانى و بين ماله، فيجب على المقر المثل أو القيمة.

و حكى عن ابن الجنيد «۲» الرجوع إليه فى مراده ان كان حيّاً، و إلا فهو مال متداعى بينهما، فان انتفت البيّنة، حلفا و اقتسماه، و نفى

عنه البعد فی الدروس «۳»؛ إذ انه بعد حکایته عنه قال: «و لیس ذلک ببعید، لانه نسب الإقرار إلیهما فی کلام متصل و رجوعه عن الأوّل الی الثانی، محتمل لکونه عن تحقق و تخمین، فالمعلوم انحصار الحق فیهما، اما تخصیص أحدهما فلا».

و احتمل فی المسالک «۴» انه یقضی به للاوّل و لا یغرم للثانی؛ لأنه إقرار بما تعلّق به حق الغیر قبله کالصّورة الأولی.

و دلیل المشهور انه بالإضراب عدل عن إقراره الأوّل، و لا یسمع منه؛ لأنه إنکار بعد الإقرار، و قد مر فی بحث قاعدة الإقرار أنه لا یسمع الإنکار بعد الإقرار، فلا بد من ترتیب آثار الإقرار الأوّل، و لازمه إعطاء العین التی بید المقر الی المقرّ له الأوّل، و أمّا نفوذ إقراره الثانی؛ فلان المفروض ان المال بعد فی یده، و الکلام متصل، و له ان یلحق بکلامه

---

(۱) إیضاح الفوائد ۲: ۴۵۸.

(۲) علی ما نقل فی المختلف ۱: ۲۶۴ کتاب الإقرار.

(۳) الدروس ۳: ۱۳۲.

(۴) مسالک الافهام ۱: ۱۷۷.

ما شاء من الإضراب و غیره، و لمّا کانت ان العین قد أعطیت إلی الأوّل، فلا بد من أداء المثل أو القیمة الی الثانی.

و قد أورد صاحب «۱» الجواهر علی الدّروس بان احتمال السهو و غیره لا- ینافی التعبد بظاهر قوله؛ لقاعدة الإقرار، فیکون کلا الإقرارین نافذاً، غایة الأمر انه یعطی العین للاوّل، و المثل أو القیمة للثانی، و بمثله أورد علی صاحب المسالک ایضاً.

و لکن أجیب عنه بان حال هذین الإقرارین حال سائر الأمارتین المتعارضتین، فیتساقطان؛ للعلم بکذب أحدهما و سقوط الید عن الاعتبار، فیکون من باب التداعی، و النتیجة، التحالف و التنصیف، الّا ان یقال بالموضوعیة فی باب الإقرار و هو فی غایة البعد.

و التحقیق ان یقال: انه لو لم یکن فی المسألة إجماع کما هو الظاهر، و یؤیده مخالفة ابن الجنید و الشهیدین، لکان اللازم إعطاء العین المقر بها الی المقر له الثانی، من دون غرامة للاوّل بشیء، و ذلک لانه لا مجال للحکم بثبوت إقرارین فی المقام، فإن الإقرار نوع من الاخبار، غایة الأمر ان الإقرار علی النفس اخبار بثبوت شیء و قراره و تحققه، و کون هذا الاخبار مما یترتب علیه الضرر علی نفس المقرّ، و بعبارة اخری: یکون المخبر به و المحکیّ عنه بضرر المخبر، و علیه فلا بد من ملاحظة انه فی موارد الاخبار بشیء نظیر المقام المشتمل علی بل الاضرابیة کقوله: جاءنی زید بل عمرو، هل یکون هناک خبران أو خبر واحد؟ و علی التقدیر الثانی، هل یکون المخبر به مجیء زید أم مجیء عمرو، لا ینبغی الإشکال بمقتضی ما ذکره علماء

---

(۱) الجواهر ۳۵: ۱۳۱.

الأدب و النّحویون ان المخبر به فی الجملة المشتملة علی بل الاضرابیة شیء واحد هو مجیء عمرو فی المثال، و انه المعیار فی صدق القضیة و کذبها، فاذا کان الجائی فی المثال عمراً، تکون القضیة صادقة، و إذا لم یکن الجائی عمراً تکون القضیة کاذبة، سواء جاء زید أم لم یجیء.

و اللازم علی هذا ان یعامل فی المقام معاملة الإقرار مع الإقرار الثانی؛ لأنّه بعد ما کان هذا النحو من المحاورة و إفادة المقصود غیر باطل، و بعد انه یجوز للمتکلم أن یلحق بکلامه ما شاء، لا مجال لدعوی ثبوت إقرارین، و لا لدعوی صحة الإقرار الأوّل؛ لعدم الفرق بین المقام و بین المثال أصلًا.

السادس لو اشترک أزید من واحد فی الاستیلاء علی عین، فهل یکون استیلاء کل واحد منهما علی المجموع أو علی النصف المشاع؟

و على التقـديرين فهل تكون يـد كل منهما مستقلة تامّـة، أو لا تكون إلّا ناقصـة؟ وجوه و احتمالات بحسب بادئ النظر، و فى التصور الابتدائى.

قد يقال كما قاله سيد الأساطين فى ملحقات العروة «۱»: إنه لا مانع من اجتماع اليدين المستقلتين على مال واحد، كما ان الأقوى عنده جواز اجتمـاع المـالكين المستـقلين على مـال واحـد، كما إذا كان ملكاً للنوع كالزكاة و الخمس و الوقف على العلماء و الفقراء مثلًا و على نحو بيـان المصـرف؛ فان كلّ فرد من النوع مالك لـذلك المال، بل لا مانع من اجتماع المالكين الشخصـيين ايضاً، كما إذا وقف على زيد و عمرو، أو اوصى لهما على نحو بيان المصرف، فإنه يجوز صرفه على كل واحد منهما، فدعوى عدم معقولية

---

(۱) العروة الوثقى ۳: ۱۲۳.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۴۰۴

اجتمـاع المالكين على مال واحـد لا وجه لها، مع انه لا اشـكال عنـدهم فى جواز كون حق واحـد لكل من الشخصـين مسـتقلا، كخيار الفسخ، و كولاية الأب و الجدّ على مال الصغير، و من المعلوم عدم الفرق بين الحق و الملك.

أقول: الملكية المسـتقلّة عند العقلاء هى النسـبة الخاصّة الحاصلة بين المالك و المملوك، المعتبرة عند العقلاء، المستتبعة للاختصاص الذى هو لازم أعمّ لها؛ ضرورة انه قد يوجد بدونها، و لكنه لا يمكن تحققها بدونه، فحصول هذه النسبة بدون الاختصاص غير معقول، و من الواضـح ان الاختصاص مغاير للاشتراك تغاير الضدين اللذين لا ثالث لهما، ففى مورد تحقق واحد منهما يمتنع حصول الأخر و يسـتحيل تحققه، و حينئذ نقول: ان فرض جواز اجتماع المالكين المسـتقلين على مال واحد مرجعه الى فرض وجود الشيء و عدمه فى زمان واحد؛ ضـرورة ان الملكية المسـتقلة على ما عرفت هى نسـبة لازمها الاختصاص المغاير للاشتراك، و فرض الاجتماع مرجعه الى الاشتراك الذى لا يكاد يجتمع مع الاختصاص، فمرجع هذا الفرض الى فرض الاختصاص و عدمه فى زمان واحد، كما هو ظاهر.

و أمّا الموارد المتقدمـة التى استشـهد بها على جواز اجتماع المالكين المسـتقلين على مال واحد، فالظاهر عدم كون شـىء منها من هذا الباب، و توضيحه:

انّ ما كان ملكاً للنوع لا يكون مالكه متعـدداً؛ لان المالك هو النوع و هو غير متعدّد، و الأفراد بما أنّها افراد متعددة و لها خصوصـيات متكثرة لا تكون مالكة أصلًا، بل ذكر سيدنا الأستاذ الأعظم الخمينى «۱» (مد ظله

---

(۱) الرسائل ۱: ۲۷۱.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۴۰۵

العالى) أنه يختلج بالبال فى الزكاة و الخمس عدم كونهما ملكاً للنوع ايضاً فضـلًا عن الافراد و المصاديق، بل المالك لهما هى الدولة الإسـلامية الشاملـة للفقيه فى زمان الغيبـة، يصـرفها فى المصارف المعينـة، كما ان الـدّول عنـد العقلاء مالكـة يعتبرون لها الملك و إن كانت غير قائمة بشخص خاص، بل يكون فى حال تغيّر و تبدّل.

و دعوى انه لا يعقل كون غير ذوى العقول مالكاً معتبرة له النسبة التى هى الملك، مدفوعة بمنع عدم التعقل، بل هو واقع جدّاً؛ ضرورة ان الوقف على المساجـد لا يكون المالك له الّا نفس المسـجد، و وقف بعض الأشـياء على الضـرائح المقدسة لا يقتضـى إلّا صـيرورة المالك له نفس ذلك الضـريح، و غير ذلك من الموارد، فالمالك للزكاة و الخمس هى نفس الدولة الإسـلامية التى هى أمر اعتبارى قائم بأشـخاص متعـددة، و حينئـذ لا يبقى مجال لما ذكره، بل على تقـدير كونهما ملكاً للنوع فكما عرفت انه لا يكون المالك لهما الّا واحداً و هو النوع، و خصوصيات الافراد لا دخل لها أصلًا.

و منه يظهر الجواب عما إذا وقف على العلماء أو الفقراء أو على نحو بيان المصرف؛ فان المالك فى هذا المورد ايضاً هو النوع لا الافراد، و أمّا الوقف على خصوص زيد و عمرو، أو الوصية لهما على نحو بيان المصرف، فعلى هذا التقدير، اى: تقدير ان يكون على نحو بيان المصرف، لا بد من الالتزام بان المالك هو القدر المشترك، الذى ينطبق على زيد و على عمرو لا خصوص كلّ منهما، و على غير هذا التقدير لا ـ بد من القول باشتراكهما فى العين الموقوفة أو الموصى بها، بنحو يكون لكل منهما النصف المشاع لا المجموع، كما لا يخفى.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۴۰۶

و أمّا جواز كون حق واحد لكل من الشخصين مستقلا كخيار الفسخ، فهو و إن كان ممّا لا ينكر، الّا ان الظاهر ثبوت الفرق بين الحق و الملك عند العقلاء الذين هم المرجع فى مثل هذا الباب، و يشهد لذلك انه لو قامت بيّنة على ان المال الفلانى مملوك بتمامه لزيد، و بيّنة اخرى على انه مملوك بتمامه لعمرو، فالنسبة بين البينتين عند العقلاء هى التعارض و التكاذب، و ليس ذلك الّا لعدم إمكان اجتماع مالكين مستقلين على ملك واحد، و هذا بخلاف ما لو قامت بينة على ثبوت حق الفسخ لزيد و بينة اخرى على ثبوته لعمرو؛ فإنهم لا يرون تعارضاً بين البينتين؛ بل يحكمون بثبوت الحق لهما بنحو يكون لكل واحد منهما الفسخ مستقلا و ليس ذلك الّا لجواز اجتماع شخصين على حق واحد، و مع هذا الفرق عند العقلاء لا يبقى مجال لقياس الملك بالحقّ.

و لعلّ السرّ فى الفرق ان الملك كما عرفت مستتبع للاختصاص الذى هو مغاير للاشتراك، و لا يكاد ينفك الملك عن الاختصاص أصلًا، و أمّا الحقوق فالظاهر اختلافها، فبعضها يكون كالملك كحق التحجير و نحوه، فإنه لو اشترك اثنان فى تحجير موضع مباح يكون حقّا مشتركاً بينهما، و لا يكون كل واحد منهما مستقلا بالنسبة إليه، و بعضها لا يكون مستتبعاً للاختصاص كالملك، بل يمكن اجتماع أزيد من واحد بالنسبة إليه، كحق الفسخ على ما عرفت، و هذا لا فرق فيه بين ان يقال بتعلق حق الخيار بالعين، أو بتعلقه بنفس العقد، أو لا بهذا و لا بذلك، بل هو عبارة عن مجرد كون الرجل مختاراً فى فعله الذى هو الفسخ، كما اختاره القائل (قده) فى حاشية المكاسب، و بالجملة الحق لا يكون ملازماً للاختصاص، بخلاف الملك، فقياس أحدهما

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۴۰۷

بالآخر قياس مع الفارق.

ثمّ انه أجاب بعض المحققين فى رسالته التى صنّفها فى قاعدة اليد عن هذا القياس بما لفظه: «ان الوحدة تارة تنسب الى العقد، و أخرى الى الفسخ، فالأوّل موضوع حق الخيار، و الثانى متعلّقه، فيراد تارة قيام حقين لشخصين بعقد واحد، و أخرى يراد قيام سلطنتين على حلّ واحد؛ لانّ العقد واحد فحلّه ايضاً واحد، و من الواضح ان أحد الطرفين لاعتبار الحقّ هو ذو الحقّ، و طرفه الأخر هو حلّ العقد، فالنسبة الخاصة متقوّمة بطرفها و هو الحلّ دون العقد الخارجى الوحدانى، و المقوّم للحلّ المتعلق به الاعتبار فى أفق الاعتبار هو العقد بوجوده العنوانى لا ـ بوجوده العينى، فبالنسبة إلى أفق الاعتبار اعتباران متعلقان بحصتين من الحلّ المتقوم كل منهما بوجود عنوانى من العقد، و وحدة طبيعىّ الحلّ لا توجب ورود حقين على واحد شخصى؛ بداهة ان الحلّ القائم بأحدهما غير الحلّ القائم بالآخر، فمتعلق سلطان كل منهما غير متعلق سلطان الأخر».

و يرد عليه: ان الحلّ الذى هو أحد الطّرفين لاعتبار الحق ليس هو طبيعى الحلّ الذى يتقوّم بالعقد بوجوده العنوانى؛ ضرورة ان السّلطنة الثابتة لكل منهما انما هى على الحلّ المضاف الى العقد الشخصى الذى وقع فى الخارج، لا حلّ العقد بعنوانه العامّ، و من المعلوم ان الحلّ المضاف الى الأمر الوحدانى الخارجى لا يكون الّا واحداً لا تعدد فيه أصلًا، فإثبات تغاير متعلقى السّلطانين بذلك ممّا لا مجال له، بل الظاهر ما عرفت من عدم قدح الوحدة فى تعدّد ذى الحق؛ لأن مرجع حق الفسخ إلى القدرة على ابطال العقد و عدمه، و لا مانع من اتصاف شخصين أو أزيد بوصف القدرة

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۴۰۸

على ذلك، كما ان الأمر كذلك بالنسبة إلى الأمور التكوينيّة أيضاً، أ لا ترى انه يمكن قيام وصف القدرة على هدم دار مثلًا بمثل زيد و عمرو و أكثر منهما مع ان هدم الدار لا تعدّد فيه أصلا ضرورة انه لا يعقل الهدم بعد الهدم؟ فتدبّر، و الحاصل ان تعدّد ذى الحق لا يستلزم تعدّد الحق كما عرفت.

و أمّا ولاية الأب و الجدّ على مال الصغير، فالظاهر ان مرجعها الى جعل حق التصرف لهما بما ان كل واحد منهما مدبّر يتصرف فى مال الصّغير عن تدبير، و لو سبق أحدهما بالتصرف لا يبقى موضوع لتدبير الآخر، كما فى الوكلاء المتعددين، فإنه مع اتصاف كل منهم بوصف الوكالة و جواز تصرفه فى ما وكّل به، لا يبقى موضوع لوكالة المسبوق بتصرف وكيل آخر أو نفس الموكّل، كما هو واضح.

ثمّ انّه (قده) «۱» بعد كلامه المتقدم بسطرين قال: «و دعوى ان مقتضى الملكية المستقلّة ان يكون للمالك منع الغير، و إذا لم يكن له منع الغير فلا يكون مستقلا، ممنوعة؛ فإن هذا ايضاً نحو من الملكية المستقلّة، و نظيره الوجوب الكفائى و التخييرى فى كونهما نحواً من الوجوب مع كونه جائز الترك».

و يرد عليه: ان الملكية المستقلة على ما عرفت هى المستتبعة للاختصاص الذى هو ضدّ الاشتراك، و لا يعقل تحققها مع عدم جواز منع الغير، و ليس النزاع فى إطلاق لفظ الاستقلال، حتى يدعى جواز إطلاقه على بعض افراد غير المستقل ايضاً، بل النزاع فى حقيقته التى قد عرفت أنها مساوقة للاختصاص الموجب لجواز منع الغير، و العجب من التنظير

---

(۱) العروة الوثقى ۳: ۱۲۳.

بالوجوب الكفائى و التخييرى، فإنه لا إشكال فى أنهما نحوان من طبيعة الوجوب الصادقة على العينى و الكفائى، و كذا التعيينى و التخييرى، و لا يكونان من افراد العينى و التعيينى، و الغرض من التنظير إثبات كون ما لم يكن للمالك منع الغير، من افراد الملكية المستقلّة، لا طبيعة الملكية الصادقة على المستقلّة و غيرها، و لعمرى انه اشتباه واضح، و قد انقدح من جميع ما ذكرنا بطلان دعوى جواز اجتماع المالكين المستقلّين على مال واحد.

و بعد ذلك نرجع إلى أصل المقصود و هو ان استيلاء شخصين أو أزيد على مال واحد، هل يمكن ان يكون على سبيل الاستقلال أم لا؟ و الظاهر هو العدم؛ لأن حقيقة الاستقلال ترجع الى عقد إيجابى، و هو جواز التصرف فيه، و عقد سلبى، و هو جواز منع الغير عنه، فاجتماع استيلاءين مستقلين بعد مساوقة الاستقلال للاختصاص الموجب لجواز منع الغير مما لا يمكن، كما يظهر ذلك بالتدبر فى نظائره، أ لا ترى ان استقلال الملك بالنسبة إلى مملكته، و الحاكم بالنسبة الى بلده، لا يتحقق مع تصرف الغير فيهما ايضاً، فاتصاف كل من اليدين بوصف الاستقلال ممّا لا وجه له أصلًا.

و يبقى الكلام بعد ذلك فى ان استيلاء شخصين أو أزيد على مال واحد هل يكون استيلاء على المجموع، غاية الأمر كونه غير مستقلّ، أو استيلاء مستقلا بالنسبة إلى النصف المشاع مثلًا أو غير مستقل بالنسبة إليه؟ و قبل الخوض فى ذلك ينبغى التكلم فى الكسر المشاع و إمكان الإشاعة و بيان حقيقتها، فنقول:

أوّلًا ان الجهل بحقيقة الإشاعة على تقديره لا يمنع من الالتزام

بوجودها بعد شيوعها بين العقلاء؛ ضرورة أن المالكية بالاشتراك المعتبرة بين العقلاء فوق حدّ الإحصاء، و بهذا يجاب عمّا يقال كما عن بعض الأعاظم من المعاصرين من ابتناء الإشاعة على القول ببطلان الجزء الذى لا يتجزّأ؛ نظراً إلى انه لو انتهت التجزئة إلى حدّ غير قابل لها، لا يبقى للإشاعة فيه بعد عدم قبوله للتجزية مجال، و أمّا لو قيل: إن كل جزء متصوّر فهو قابل للتجزية فلا مانع من الإشاعة

حينئذ.

و الجواب: انه من الواضح انه لا تكون الإشاعة مبتنية على تلك المسألة العقلية التى هى مورد للخلاف بين الفلاسفة و المتكلمين؛ ضرورة ان المتكلم القائل بعدم بطلان الجزء غير القابل للتجزّى لا يأبى من الاشتراك فى الملك و نحوه بداهة، فالظاهر انه لا إشكال فى شيوع الإشاعة بين جميع العقلاء، و الجهل بحقيقتها على تقديره لا يمنع عن التصديق بوجودها بعد تداولها بلا ريب و لا إنكار، مضافاً الى عدم كونها مجهولة؛ لأن الظاهر ان الإشاعة أمر اعتبارى عقلائى تتصف به العين الخارجيّة فى الخارج، و إن كان وعاء الاعتبار الذهن.

توضيح ذلك: ان الكسر المشاع لا يعقل ان يكون امراً عينياً خارجيّاً؛ ضرورة ان الموجود فى العين يستحيل ان يكون مبهماً لا معيّناً؛ لان الوجود مساوق للتعيّن الّذى هو نقيض الإبهام، و تردد الشبح الجائى من بعيد بين زيد و عمرو مثلًا لا يستلزم الإبهام فيه؛ لانه معين بحسب الواقع، غاية الأمر هو مجهول لنا، فالواقع المعيّن مردّد عندنا بين كونه زيداً أو عمراً لا انه مردّد واقعاً بينهما كما هو واضح، فالكسر المشاع الذى هو أمر غير معين لا يعقل ان يكون امراً خارجيّاً، كما انه يستحيل ان يكون

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۴۱۱

منتزعاً منه؛ لان المعين الذى لا تشوبه شائبة الإبهام لا يعقل ان يكون منشأ لانتزاع اللّابدية معين الخالى من جميع شئون التعيّن.

فلا بد من ان يقال: ان الكسر المشاع هو أمر اعتبارى، يعتبره العقلاء فى وعاء الاعتبار الذى هو الذّهن، و إن كان ظرف الاتصاف به هو الخارج، فالموجود الخارجى متصف فى الخارج بأنّه له نصفان مثلًا و إن كان ظرف هذا الاعتبار هو الذهن، و لا غرو فى ان يكون العروض فى الذهن و ظرف الاتصاف هو الخارج، و هذا نظير ما قاله الحكماء من ان اتصاف الماهية بالإمكان فى الخارج، و إن كان العروض فى الذهن، و إلا يلزم التسلسل و نحوه، بل جميع الأمور الاعتبارية العقلائية التى لها مساس بالخارج كذلك؛ ضرورة ان الشيء يتصف فى الخارج بوصف المملوكية، و الإنسان يتصف فى الخارج بوصف المالكية، مع ان المالكية و المملوكية أمران اعتباريان لا يكون لهما ما بحذاء فى الخارج، كما ان المرأة متصفة فى الخارج بوصف الزوجية، و كذا الزوج، مع عدم ثبوت شيء زائد على ذاتهما فى الخارج، كما هو ظاهر.

ثمّ ان بعض المحققين أفاد فى بيان حقيقة الكسر المشاع فى رسالته فى قاعدة اليد ما لفظه: «لا ريب فى ان الكسر المشاع يقابل الكلّى فى المعين، و أمّا إرجاعه إليه فإنّما هو من باب الإلجاء و عدم الوقوف على حقيقته، بل الكسر المشاع جزئى، و لأجله ربما يشكل بأن الجزئية و الشيوع و السريان لا يجتمعان، و قد غفل عن ان الموجود الخارجى على قسمين: موجود بوجود ما بحذائه، و موجود بوجود منشأ انتزاعه، فما له مطابق بالذات و موجود بالفعل نفس منشأ الانتزاع، و أمّا الأمر الانتزاعى فموجود

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۴۱۲

بالعرض و القوة بنحو وجود المقبول بوجود القابل، و عليه فمفهوم النصف مثلًا ربما يكون موجوداً بوجود ما بحذائه و هو نصف المعين فى المعيّن، و ربما يكون عنواناً لموجود بالقوة لتساوى نسبته الى جميع الإنصاف المتصورة فى العين باختلاف كيفية التنصيف و التقسيم، فهذا الموجود بالقوة المتساوى النسبة جزئى بجزئية منشأ انتزاعه، و له شيوع و سريان باعتبار قبوله لكل تعيّن من التعينات الخارجيّة المفروضة، و لأجله تكون القسمة معينة للّامعين من دون لزوم معاوضة و مبادلة بين أجزاء العين، و عليه فالمملوك لكل واحد من الشريكين أوّلًا و بالذات هو النصف المشاع، و ليس لكل عين الّا نصفان على الإشاعة، و العين الخارجية مورد لمملوكين بالذات، فتكون مملوكة بالعرض، على عكس من يملك عيناً واحدة بالذات؛ فإنه يملك كسورها المشاعة بالعرض، و مما ذكرنا تعرف ان المملوك بالذات لكل من الشريكين ملك استقلالى اختصاصى، فلذا لا يتوقف التصرف فى نصفه المشاع على اذن من شريكه، و ما هو مورد للنصفين المشاعين و هى العين هى المنسوب إليها الاشتراك و عدم الاستقلالية، و ليست فى الحقيقة مملوكة بالذات لأحد، بل من حيث الموردية للنصفين منها ينسب إليها الملكية بالعرض، فلم يلزم قيام فردين من الملكية الحقيقية الذاتيّة بعين

واحدة، فتدبر؛ فإنه حقيق به».

و أورد عليه سيدنا الأعظم الخمينى «۱» (مد ظله العالى) بوجوه من الإيرادات:

منها: ان المراد من قوله: «ان مفهوم النصف مثلًا ربما يكون

---

(۱) الرسائل ۱: ۲۷۵.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۴۱۳

موجوداً بوجود ما بحذائه و هو نصف المعين فى العين» ان كان هو تحقق ذلك المفهوم و وجوده بوجود ما بحذائه قبل لحوق التقسيم الحقيقى أو الوهمى الاعتبارى للعين الخارجية، بحيث يكون الموجود فى الخارج واجداً للنصفين حقيقة و فعلًا، و لو لم تلحقه كثرة بعد، فيرد عليه: ان لازمه وجود الأمور غير المتناهية فعلًا فى شىء محصور بين حاصرين؛ ضرورة أن الكسور غير متناهية، و كما ان النصف موجود يكون نصف النصف ايضاً موجوداً، و هكذا الى ما لا نهاية له؛ لبطلان الجزء غير القابل للتجزية، فالأمر المتناهى الذى هو العين الخارجية المحصورة بين الحاصرين يكون حينئذ واجداً حقيقية للأمور غير المتناهية الموجودة بالوجود الحقيقى الذى له محاذٍ فى الخارج، و من المعلوم استحالة ذلك، فلا بدّ من ان يكون المراد من ذلك القول هو كون مفهوم النصف موجوداً بوجود ما بحذائه بعد عروض التقسيم للعين الخارجية حقيقة، كما إذا انكسر الحجر الواحد و صار نصفين، أو وهماً كما إذا قسم اعتباراً من دون ان يقع فيه تغيير.

و حينئذ يرد على ذلك ايضاً مضافاً الى انه بعد لحوق التقسيم خصوصاً فى التقسيم الحقيقى لا يبقى مجال و محلّ لعنوان النصف ان النصف الموجود فى الخارج كما يكون منطبقاً عليه عنوان النصف إذا لوحظ بالنسبة إلى المركب منه و من النصف الأخر، كذلك ينطبق عليه عنوان الثلث أيضاً إذا لوحظ بالنسبة إلى المركب منه و من الأمرين الآخرين؛ فانّ حبة من الحنطة مثلًا إذا لوحظت بالنسبة إلى حبّتين تكون نصفاً منهما، و إذا نسبتاً الى ثلاث حبّات تكون ثلثاً منها، و هكذا، و يلزم حينئذ ان تكون الأمور غير المتناهية التى هى الكسور غير المتناهية على ما عرفت من بطلان

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۴۱۴

الجزء الذى لا يتجزّأ موجودة حقيقة بوجود حبة من حنطة، و هو محال على ما تقدم.

فالتحقيق: ان الشىء الموجود فى العين قبل لحوق التقسيم الحقيقى بالنسبة إليها لا يكون الّا واحداً كما هو المحقق فى محلّه، من ان الوجود و التشخص مساوق للوحدة، و إن الكثرة بما هى كثرة تستحيل ان تتحقق فى الخارج، فثبوت النصفين لها لا يكون الّا بحسب الاعتبار و الوهم، كما ان الشىء بعد عروض الانقسام عليه لا تكون اجزاؤه الّا بحيث يكون كل واحد منها وجوداً مستقلا، و اتصافه بالجزئية للمجموع و كونه نصفاً مثلًا منه لا- يكون الّا بحسب الاعتبار؛ ضرورة انّ المجموع لا يبقى له وجود مستقلّ بعد الانقسام الّا اعتباراً، فاجزاؤه بما أنّها أجزاؤه ايضاً كذلك؛ لتضايف الوصفين، كما هو غير خفىّ.

و منها: ان ما أفاده فى الكسر المشاع من انه عبارة عن موجود بالقوة تتساوى نسبته الى جميع الإنصاف مثلًا المتصورة فى العين، و هو جزئى بجزئية منشأ انتزاعه، و له شيوع و سريان باعتبار قبوله لكلّ تعين، محل نظر بل منع؛ لان المراد بالموجود بالقوة ان كان هو الهيولى القابلة للتّصور بصور مختلفة و التشكل بإشكال متعدّدة، فيرد عليه: ان لازم ذلك ان يصير الموجود بالقوة فعليّاً بعد عروض الانقسام له بوجه، مع انّا نرى بقاء الإشاعة فى بعض الموارد، كما إذا وقع الانقسام بغير رضا الشريكين، فإنّه حينئذ لا يكون الهيولى قابلة للتصور بغير تلك الصّورة؛ لتبدل القوة إلى الفعليّة، مع وضوح بقاء الاشتراك فى المجموع المقتضى للإشاعة.

هذا مضافاً الى انه ربما يكون الاشتراك و الإشاعة بالنسبة إلى

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۴۱۵

الأشياء المنفصلة بالحقيقة، كما إذا كان قفيز من برّ مشتركاً بين شريكين؛ فان كل واحد من حبّات الحنطة وجود واحد مستقل منفصل عن الحبّة الأخرى حقيقة، فأين الهيولى القابلة للتّصور بصور مختلفة.

و إن كان المراد بالموجود هو الأمر المبهم القابل للانطباق على كل نصف يتصور فى العين، باعتبار اختلاف كيفية التنصيف و التقسيم، فيرد عليه انّ انتزاع ما حقيقته الإبهام عن الموجود فى العين الذى هو معين محض، غير معقول، على ما عرفت سابقاً؛ لان المعين الخالى من شوائب الإبهام كيف يمكن ان يصير منشأً لانتزاع ما لم تشم منه رائحة التعين؟ كما هو واضح.

و منها: ان ما أفاده فى ذيل كلامه من ان المملوك لكل واحد من الشريكين أوّلًا و بالذات هو النصف المشاع و العين الخارجية مورد لمملوكين بالذّات، فهى مملوكة بالعرض على عكس من يملك عيناً واحدة، ممنوع أيضاً؛ فإنه لا فرق فى نظر العرف و العقلاء من حيث اتصاف العين بالمملوكية بين ما كان المالك لها واحداً أو متعدداً، و كما انها فى الصورة الأولى تكون مملوكة بالذات، كذلك فى الصورة الثانية، و كيف يمكن دعوى عدم كون العين فى الصورة الثانية مملوكة فيما لو كان مالكها واحداً، ثمّ نقل نصفها المشاع الى غيره، فإنه يسأل حينئذ عن السبب الذى صار موجباً لخروج العين عن الملكية رأساً كما هو المفروض، مع ان الناقل لم ينقل الّا نصفها، ثمّ عن السبب الموجب لانتقال النصف المشاع الى الناقل للنصف مع انه لم يكن مالكاً له و لم يتحقق السبب النّاقل، كما هو ظاهر.

كما انّ ما افاده من ان القسمة مرجعها الى تعيين اللّابدية معين، من دون

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۴۱۶

لزوم مبادلة و معاوضة بين أجزاء العين لا يستقيم؛ ضرورة ان مرجع الإشاعة إلى الاشتراك فى كل جزء متصور، فالتقسيم لا محالة يساوق التبادل بين الاجزاء و لا يعقل بدونه.

و قد بان من جميع ذلك انه لا محيص فى تفسير الإشاعة و بيان حقيقتها عما ذكرنا من انها أمر اعتبارى عقلائى ليس له ما بحذاء فى الخارج، كما انه لا ينتزع منه بل الاتصاف به انّما هو فى الخارج على حذو سائر الأمور الاعتبارية العقلائية، كالملكية و الزوجية و نحوهما، فالعين الخارجية متصفة فى الخارج بانّ لها نصفين قابلين لتعلق الملكية بهما، غاية الأمر ان وعاء الاعتبار انّما هو الذهن، و مع قطع النظر عن اعتبار المعتبرين لا- واقعية للكسر المشاع أصلًا، بل لا يكون الموجود فى الخارج إلّا أمراً وحدانيّاً شخصيّاً لا تكثر فيه بوجه من الوجوه.

و الفرق بين الإشاعة و بين الكلى فى المعين هو ان الكلى فى المعين أمر كلّى كسائر الأمور الكلية و الطبائع المتكثرة، غاية الأمر ان دائرة صدقه صارت بسبب التقييد مضيقة؛ فإن تقييد طبيعة الحنطة مثلًا بالحنطة من هذه الصبرة الموجودة فى الخارج، ليس الّا كتقييدها بكونها جيدة مثلًا، فكما ان مثل التقييد الثانى لا يخرج الطبيعة المقيدة عن كونها كلية، غاية الأمر قلة أفرادها بالنسبة إلى الطبيعة المطلقة كذلك، مثل التقييد الأوّل، لا يخرج الطبيعة المقيدة عن كونها كلية، فتقييد العالم الذى يجب إكرامه بكونه من أهل البلد الفلانى، كتقييده بكونه عادلًا، بلا فرق بينهما أصلًا.

و أمّا الكسر المشاع فهو أمر جزئى ملحوظ بالنسبة إلى العين الخارجية، غاية الأمر أنه أمر اعتبارى لا يكون له ما بحذاء فى الخارج

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۴۱۷

و لا منشأ للانتزاع؛ لان حقيقته الإبهام، و التعين ينافيه، فلا يعقل اتّحادهما و لا كون المعين منشأ لانتزاعه، فافهم و اغتنم.

لنكرانى، محمد فاضل موحدى، القواعد الفقهية (للفاضل)، در يک جلد، ه ق

القواعد الفقهية (للفاضل)؛ ص: ۴۱۷

إذا عرفت ذلک، فلنرجع إلی أصل المقصود و نقول بعد الفراغ عن استحالة اجتماع استیلاءین مستقلین علی عین واحدة، کاستحالة اجتماع ملکیتین مستقلتین علیها: انه یحتمل تصوّراً ان یکون مرجع استیلاء أزید من واحد علی عین واحدة إلی ثبوت استیلاءین مثلًا علی المجموع، غایة الأمر کونهما ناقصین، و إن یکون مرجعه الی ثبوت استیلاءین تامّین بالنسبة إلی النصف المشاع، و إن یکون مرجعه الی ثبوت استیلاءین ناقصین بالنسبة إلی النصف المشاع ایضاً، و علی التقدیر الأوّل یحتمل ان یکون الاستیلاء الناقص بالنسبة إلی المجموع کاشفاً عن الملکیة الناقصة بالنسبة إلیه، و یحتمل ان یکون امارة علی الملکیة التامّة علی النصف المشاع.

و الظاهر من الاحتمالات الثلاثة هو الاحتمال الأوسط، علی ما هو المعتبر عند العقلاء الذین هم المرجع فی مثل الباب کما عرفت؛ إذ لاـ معنی لثبوت الاستیلاء علی المجموع و إن کان ناقصاً بعد ان لم یکن المجموع ملکاً للمستولی؛ لان مرجعه الی الاستیلاء علی مال الغیر، و ما هو مستولی علیه له، ثمّ علی فرض صحة هذا الاحتمال، ان قلنا بکون الاستیلاء الناقص یکشف عن الملکیة الناقصة بالنسبة إلی المجموع، فهو لاـ معنی له؛ لعدم معقولیة اجتماع ملکین علی المجموع، و لو کانا ناقصین، و إن قلنا بکونه کاشفاً عن الملکیة بالنسبة إلی الکسر المشاع، یلزم عدم تطابق الکاشف و المکشوف بوجه، و هو باطل؛ لان الاستیلاء علی المجموع کیف یمکن ان یکشف عن ملکیة النصف المشاع، فهذا الاحتمال ساقط رأساً.

القواعد الفقهیة (للفاضل)، ص: ۴۱۸

و أمّا الاحتمال الثالث، فیبعّده انه بعد کون کل منهما مالکاً للنصف المشاع، یکون کل واحد مستقلا فی التصرف فی ملکه؛ ضرورة انه یجوز لکل من الشریکین نقل حصته الی الغیر بالبیع أو الهبة أو غیرهما، و لو لم یطلع الأخر، بل لم یجز، علی تقدیر اطلاعه، غایة الأمر ثبوت حق الشفعة للآخر فی بعض الموارد، و هذا معنی تمامیة الاستیلاء و عدم نقصه، نعم لا یجوز لکل منهما مع قطع النظر عن رضا الأخر التصرف فی العین بالتصرفات العینیّة الخارجیة، و لکن ذلک لیس لأجل نقص فی الاستیلاء أو قصور فی الملکیة، بل لأجل استلزام التصرف فیه التصرف فی مال الغیر، و هو حرام بدون اذنه، کما ربما یمکن تصویره فی المالین المفروضین اللذین کان أحدهما ملکاً لزید و الآخر لعمرو، و کان التصرف الخارجی فی أحدهما مستلزماً للتصرف فی الأخر، کمصراعی باب غیر مفتوح، فإنه لا إشکال فی استقلال استیلاء کل منهما بالنسبة إلی ماله، بنحو یجوز له النقل و الانتقال و لو مع عدم رضی الأخر، مع ان التصرف الخارجی فی أحدهما یستلزم التصرف فی مال الغیر، فإن حرمة التصرف حینئذ لیس لأجل نقص أو قصور، بل لمجرد الاستلزام المزبور.

فانقدح من ذلک انه لا محیص عن الاحتمال الأوسط، و هو استقلال کل واحد من الاستیلاءین بالنسبة إلی النصف المشاع، و کون کل منهما کاشفاً عن الملکیة بالنسبة إلیه، فاشتراک اثنین فی الاستیلاء علی العین کاشف عن ملکیة کل واحد منهما لواحد من النصفین، و لازمها الاشتراک و الإشاعة، و علیه فلو ادّعی کل منهما ملکیة التمام، تکون دعواه بالنسبة إلی النصف مقبولة، فیما إذا لم تکن هناک بیّنة، و یترتب علی ذلک فروع کثیرة فی

القواعد الفقهیة (للفاضل)، ص: ۴۱۹

باب القضاء.

بقی الکلام فی قاعدة الید فی مباحث، مثل جواز الشهادة و الحلف مستنداً الی الید الظاهرة فی الملکیة، و کذا حجیة قول ذی الید بالنسبة إلی الطهارة و النجاسة، و کذا حلیة اللحم المأخوذ منه إذا کان مسلماً، و لکنها لا ترتبط بما هو محط البحث فی القاعدة و هی الأماریة و الکاشفیة عن الملکیة، فاللازم إرجاع البحث فی تلک المباحث الی محالّها من کتاب الشهادات و کتاب الطهارة و غیرهما فراجع.

هذا تمام الکلام فی قاعدة الید.

القواعد الفقهیة (للفاضل)، ص: ۴۲۱

الأوّل: الكتاب، فقد ورد فيه حكاية المساهمة

اشارة

فی موردين

أوّلهما، ما ورد فی قصة النبی يونس

من قوله «۱» تعالی فَسَاهَمَ فَكَانَ مِنَ الْمُدْحَضِينَ، و قد ورد فی الاخبار الاحتجاج علی شرعية القرعة بهذه الآية، و المراد بالمساهمة المقارعة، و بكونه من المدحضين صيرورته معلوماً بالقرعة ممتازاً عن غيره، واصل الدحض: الزلق، و الإدحاض: الإزالة و الإبطال، واصل المعنی

---

(۱) سورة الصّافات: الآية ۱۴۱.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۴۲۲

كما عن المجمع «۱»: صار من المقروعين المغلوبين المقهورين، و كيفية الواقعة علی ما فی الخبر انه لما وعد قومه بالعذاب خرج من بينهم قبل ان يأمره اللّه تعالی به، فركب فی السّفينة فوقفت السّفينة، فقالوا: هنا عبد أبق من مولاه، فاقرعوا، فخرجت القرعة علی يونس، فرمی بنفسه فی الماء، فالتقمه الحوت، و دعوی انه لا دلالة للآية علی المشروعية؛ فإن غاية مفادها الحكاية، و هی أعم من المشروعية، مدفوعة مضافاً الی ما عرفت من انه ورد فی الاخبار الاحتجاج علی شرعية القرعة بهذه الآية بأنه لا مجال للمناقشة فی دلالة الآية علی قبول يونس للمقارعة لو لم نقل بان ظاهرها تصدی نفسه لها، و القبول ان كان منشؤه كونه امراً تعبّدياً جاء به يونس، فمقتضی الاستصحاب عند الشك فی البقاء بقاؤه فی هذه الشريعة؛ لما تقرر فی محلّه من جريان استصحاب أحكام الشرائع السابقة، و إن كان منشؤه كونه أمراً عقلائيّاً كما هو الظاهر، و قد أمضاه النّبی يونس، فاللازم ثبوته فی هذه الشريعة لهذه الجهة كما لا يخفی.

ثانيهما: ما ورد فی قصة التخاصم فی تكفل مريم و اقتراعهم علی ذلک

من قوله «۲» تعالی وَ مَا كُنْتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يُلْقُونَ أَقْلَامَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ و كيفية الواقعة إنّ زكريا (عليه السلام) قال لهم: انا أحقّ بمريم، ای من جهة التكفل؛ لان عندی خالتها، قالوا: لا حتی نقرع عليها، فانطلقوا الی نهر الأردن فألقوا فيه أقلامهم التی كانوا يكتبون بها الوحی، علی ان من ارتفع قلمه فوق الماء فهو أحقّ بها، و قيل: ان أقلامهم كانت من الحديد،

---

(۱) مجمع البيان ۴: ۴۵۸.

(۲) سورة آل عمران: الآية ۴۰.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۴۲۳

فألقوا أقلامهم ثلاث مرّات، و فی كل مرّة يرتفع قلم زكريّا و ترسب أقلامهم، و المناقشة فی دلالة الآية علی المشروعية مدفوعة بما عرفت فی الآية الأولی.

الثانی الروايات

اشارهٔ

و هى على ثلاث طوائف:

الطائفهٔ الأولى: ما يستفاد منها العموم فى جميع الموارد،

مثل ما رواه الشيخ عن محمد بن حكيم، قال: سألت أبا الحسن «۱» (ع) عن شيء فقال لى: كل مجهول ففيه القرعهٔ، قلت له: ان القرعهٔ تخطى و تصيب، قال: ما حكم اللّه به فليس بمخطئ. و رواه الصدوق «۲» بطريقين صحيحين عنه، و يظهر من الشيخ فى كتاب «۳» النّهايهٔ الاعتماد على هذه الرّوايهٔ، بل و صدور مضمونها من غير ابى الحسن (ع) ايضاً و كذا يظهر منه الاعتماد عليها فى كتاب الخلاف، و كذا من الحلّى فى السّرائر و الشهيد «۴» فى القواعد مع اختلاف فى التعبير، مضافا الى ان الظاهر ان محمد بن حكيم هو الخثعمى الذى لا ـ تبعد دعوى وثاقته؛ لكونه صاحب الأصل، و لكثرهٔ نقل المشايخ بل أصحاب الإجماع عنه، و لو كان فى الروايهٔ ضعف، فهو منجبر بعمل الأصحاب و اعتمادهم عليها، و ليس فى طرقنا ما يستفاد منه العموم غير هذه الروايهٔ، لكن سيأتى التحقيق فى مفادها فانتظر.

و كالرّوايتين العامّيتين: القرعهٔ لكل أمر مشكل، و القرعهٔ لكل أمر

---

(۱) الوسائل ۱۸: ۱۸۹ ب ۱۳ من أبواب كيفيهٔ الحكم ح ۱۱.

(۲) الفقيه ۳: ۹۲ ح ۳۳۸۹.

(۳) النهايهٔ: ۳۴۶.

(۴) القواعد و الفوائد ۲: ۱۸۳.

القواعد الفقهيهٔ (للفاضل)، ص: ۴۲۴

مشتبه، و عن الحلّى «۱» دعوى الإجماع على ان كل مشكل فيه القرعهٔ، و نقل عنه ايضاً انه قال فى باب سماع البينات: «و كل أمر مشكل يشتبه فيه الحكم فينبغى ان تستعمل فيه القرعهٔ؛ لما روى عن الأئمهٔ (عليهم السلام) و تواترت به الآثار و أجمعت به الشيعهٔ الإماميّهٔ».

و ما رواه فى المستدرك «۲» عن دعائم الإسلام عن أمير المؤمنين و أبى جعفر و أبى عبد الله (عليهم السلام) أنهم أوجبوا الحكم بالقرعهٔ فيما أشكل، قال أبو عبد الله (ع): و أىّ حكم فى الملتبس اثبت من القرعهٔ، أ ليس هو التفويض الى اللّه جلّ ذكره؟ ثمّ ذكر قصهٔ يونس و مريم و عبد المطلب.

و ما رواه فيه ايضاً عن الشيخ المفيد (قده) فى الاختصاص «۳» عن احمد بن محمد بن عيسى عن الحسين بن سعيد و محمد بن خالد البرقى عن النضر بن سويد عن يحيىٰ بن حمران الحلبى عن عبد الله بن مسكان عن عبد الرحيم قال سمعت أبا جعفر (ع) يقول: ان عليّاً (عليه السلام) كان إذا ورد عليه أمر لم يجىء فيه كتاب و لم تجر فيه سنّهٔ رجم فيه يعنى ساهم فأصاب، ثمّ قال: يا عبد الرّحيم و تلك من المعضلات.

الطائفهٔ الثانيهٔ – ما يستفاد منه العموم فى الجملهٔ

ككثير من الروايات الواردهٔ فى القرعهٔ التى نقل أكثرها فى الوسائل فى الباب «۱۲» و فى الباب «۱۳» من أبواب كيفيهٔ الحكم و فى المستدرك فى الباب «۱۱» من تلك

(۱) السرائر ۲: ۱۷۰ و ۱۷۳.

(۲) مستدرك الوسائل ۱۷: ۳۷۳ ب ۱۱ من أبواب كيفيّة الحكم ح ۱.

(۳) الاختصاص ۳۱۰.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۴۲۵

الأبواب، مثل ما ورد فى ذيل صحيحة أبى بصير «۱» برواية الصّدوق من قول النبى (ص): ليس من قوم تقارعوا ثمّ فوضوا أمرهم الى اللّه عزّ و جلّ الّا خرج سهم الحق، و قريب منه ما عن أمير المؤمنين «۲» (ع) فى ذيل رواية العباس بن هلال «۳» و مرسلة «۴» الصّدوق عن الصادق (ع) و مرسلة فقه الرّضا عنه (ع) قال اى قضية أعدل من القرعة إذا فوض الأمر الى اللّه أ ليس اللّه يقول فَساهَمَ فَكانَ مِنَ الْمُدْحَضِينَ و كذا رواية «۵» احمد البرقى «۶».

الطائفة الثالثة- الروايات الواردة فى موارد خاصة

و هى كثيرة:

منها: ما إذا تعارضت البيّنتان و كان المرجح مفقوداً، ففى صحيحة «۷» داود بن سرحان برواية الصدوق عن ابى عبد الله (عليه السلام) فى شاهدين شهدا على أمر واحد، فجاء آخران فشهدا على غير الذى شهدا عليه، و اختلفوا، قال: يقرع بينهم، فأيهم قرع عليه اليمين و هو اولى بالقضاء. و فى صحيحة «۸» الحلبى قريب منها، الّا ان فى آخرها بدل هو اولى بالقضاء: فهو اولى بالحق و فى صحيحة «۹» البصرى بروايته ايضاً عن ابى عبد اللّه (عليه السلام) قال: كان علىّ (عليه السلام) إذا أتاه رجلان

(۱) الوسائل ۱۸: ۱۸۸ ب ۱۳ من أبواب كيفية الحكم ح ۵.

(۲) الوسائل ۱۷: ۵۹۳ ب ۴ من أبواب ميراث الغرض ح ۴.

(۳) الوسائل أبواب ميراث الغرقى، الباب الرابع، حديث ۳۲.

(۴) الوسائل ۱۸: ب ۱۳ من أبواب كيفية الحكم ح ۱۳ و ۱۷. من لا يحضره الفقيه ۳: ۹۲ ح ۳۳۹۱.

(۵) الوسائل ۱۸: ب ۱۳ من أبواب كيفية الحكم ح ۱۳ و ۱۷.

(۶) الوسائل أبواب كيفية الحكم، الباب الثالث عشر، حديث ۱۳.

(۷) الوسائل ۱۸ ب ۱۲ من أبواب كيفية الحكم ح ۶.

(۸) الوسائل ۱۸ ب ۱۲ من أبواب كيفية الحكم ح ۱۱.

(۹) الوسائل ۱۸: ۱۸۳ ب ۱۲ من أبواب كيفية الحكم ح ۵.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۴۲۶

بشهود عدلهم سواء و عددهم، أقرع بينهما على أيّهما تصير اليمين.

و منها: الاشهاد على الدّابة، ففى موثقة سماعة «۱» عن ابى عبد اللّه (عليه السلام) قال: ان رجلين اختصما الى علىّ (ع) فى دابة، فزعم كلّ واحد منهما أنّها أنتجت على ندوده (معتلف الدواب)، و أقام كل واحد منهما بينة سواء فى العدد، فأقرع بينهما سهمين.

و منها: الإشهاد بالإيداع على الظاهر، ففى رواية «۲» زرارة عن ابى جعفر (عليه السلام) قال: قلت له: رجل شهد له رجلان بانّ له عند رجل خمسين درهماً، و جاء آخران فشهدا بانّ له عنده مائة درهم، كلهم شهدوا فى موقف، قال: أقرع بينهم، ثمّ استحلف الذى أصابهم القرع.

و منها: مورد اشتباه الولد بين العبد و الحرّ و المشرك، ففى صحيحة «۳» الحلبى عن ابى عبد اللّه (عليه السلام) قال: إذا وقع الحرّ و العبد و المشرك على امرأة فى طهر واحد، و ادّعوا الولد، أقرع بينهم و كان الولد للذى يقرع.

و منها «۴»: الاشهاد على الزّوجية.

و منها «۵»: قضية الشاب الذى خرج أبوه مع جماعة، ثمّ جاءوا و شهدوا بموته.

---

(۱) الوسائل ۱۸: ۱۸۵ ب ۱۲ من أبواب كيفية الحكم ح ۱۲.

(۲) الوسائل ۱۸: ۱۸۳ ب ۱۲ من أبواب كيفية الحكم ح ۷.

(۳) الوسائل ۱۸: ۱۸۷ ب ۱۳ من أبواب كيفية الحكم ح ۱.

(۴) الوسائل ۱۸: ۱۸۴ ب ۱۲ من أبواب كيفية الحكم ح ۸.

(۵) مرآة العقول: ۲۲۱.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۴۲۷

و منها «۱»: قضية الوصية بعتق ثلث العبيد.

و منها: عتق ثلثهم «۲».

و منها «۳»: الاشتباه بين الولد و العبد المحرّر.

و منها «۴»: الاشتباه بين صبيّين أحدهما حرّ و الآخر مملوك.

و منها «۵»: الخنثى المشكل.

و منها «۶»: مورد عتق أوّل مملوك.

و منها «۷»: مورد اشتباه المعتق بغيره.

و منها «۸»: مورد عتق العبيد فى مرض الموت، و لا مال له سواهم.

و منها «۹»: مورد اشتباه الغنم الموطوءة.

و منها «۱۰»: مورد قسمة أمير المؤمنين (ع) المال الذى اتى من أصفهان، المذكورة فى كتاب الجهاد.

---

(۱) الوسائل ۱۶: ۷۷ ب ۶۵ من أبواب العتق ح ۱.

(۲) الوسائل ۱۳: ۴۶۴ ب ۷۵ من أبواب الوصايا ح ۱.

(۳) الوسائل ۱۳: ۴۲۷ ب ۴۳ من أحكام الوصايا ح ۱.

(۴) الوسائل ۱۸: ۱۸۸ ب ۱۳ من أبواب كيفية الحكم ح ۷.

(۵) الوسائل ۱۷: ۵۸۰ ب ۴ من أبواب ميراث الخنثى ح ۲.

(۶) الوسائل ۱۶: ۶۹ ب ۵۷ من أبواب العتق ح ۱ و ۲.

(۷) الوسائل ۱۶: ۴۴ ب ۳۴ من أبواب العتق ح ۱.

(۸) لم نعثر على ذلك و لكن أوردنا المحقّق النراقى فى فوائده.

(۹) الوسائل ۱۶: ۴۳۶ ب ۳۰ من أبواب الأطعمة المحرمة ح ۱ الى ۴.

(۱۰) الوسائل ۱۱: ۸۷ ب ۴۱ من أبواب جهاد العدو ح ۱۱.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۴۲۸

و منها «۱»: قضية مساهمة رسول اللّه (ص) قريشاً في بناء البيت.

و منها «۲»: استعلام موسى (ع) النمام بالقرعة بتعليم اللّه تعالى.

و منها «۳»: مساهمة رسول اللّه (ص) بين أزواجه إذا أراد سفراً.

و منها «۴»: اقتراعه (ص) بين أهل الصّفة للبعث الى غزوة ذات السّلاسل.

و منها «۵»: اقتراعه (ص) في غنائم حنين.

و منها «۶»: اقتراع بنى يعقوب ليخرج على واحد، فيحبسه يوسف عنده.

هذه هى الموارد التى تتبعها سيدنا الأستاذ الأعظم الخمينى (دام ظله العالى) «۷» و لعلّ المتتبع أزيد من ذلك يجد موارد أخرى أيضاً. و قد ظهر من جميع ذلك دلالة الروايات المتكثرة على مشروعية القرعة فى الجملة، و إن كانت مختلفة بحسب الظّاهر، من حيث السعة و الضيق، و سيأتى التحقيق فى مفادها إن شاء اللّه تعالى.

الثالث الإجماع المنقول بل المحصّل من تتبع الفتاوى و الكلمات؛

فان

---

(۱) مستدرك الوسائل ۱۷: ۳۷۶ ب ۱۱ من أبواب كيفية الحكم ح ۱۰.

(۲) مستدرك الوسائل ۱۷: ۳۷۵ ب ۱۱ من أبواب كيفية الحكم ح ۱۰.

(۳) مستدرك الوسائل ۱۷: ۳۷۷ ب ۱۱ من أبواب كيفية الحكم ح ۱۳. و فى البحار ۶: ۵۵۱.

(۴) البحار ۶: ۵۹۰.

(۵) البحار ۶: ۶۱۵.

(۶) البحار ۵: ۱۸۰.

(۷) الرسائل ۱: ۳۳۸.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۴۲۹

الظاهر انه لم ينقل عن أحد من الأصحاب إنكار مشروعية القرعة بنحو الإطلاق، و إن وقع بينهم الاختلاف فى موارد متعددة، لكن أصل اعتبار القرعة بنحو الإجمال لم يقع مورداً للإنكار و الخلاف بوجه، و لكن الظاهر انه بعد دلالة الكتاب و السنّة المستفيضة بل المتواترة إجمالًا على مشروعية القرعة، لا يبقى للإجماع أصالة، و لا يكون دليلًا مستقلا فى عرض الكتاب و السّنة؛ لانه من المحتمل بل المقطوع ان يكون مستند المجمعين الكتاب و السّنة، فالإجماع حينئذ لا يكون حجّة برأسه.

الرّابع بناء العقلاء على الرجوع الى القرعة فى بعض الموارد،

و قد أشرنا الى أن المساهمة المحكية فى الكتاب فى موردين لعلّها كانت هى المساهمة العقلائية الجارية فى مثل الموردين، من اشتباه العبد الآبق على نقل، أو أشرافهم على الغرق، فرأوا طرح واحد منهم لنجاة الباقين على نقل آخر، و من يتكفّل مريم من الأشخاص المتعدّدين، فالظاهر ثبوت هذا البناء و عدم الردع عنه فى الشريعة، بل تحقق الإمضاء بمقتضى الكتاب و السّنة، لكن الكلام فى ضابط المورد الذى يرجع فيه العقلاء إلى القرعة، و سيأتى بيان الضابط فى تحقيق مفاد الرّوايات.

المقام الثانى- فى بيان مقدار دلالة الأدلة الواردة فى مشروعيّتها، سيّما مفاد الطوائف الثلاث من الروايات الواردة فيها،

فنقول: ان الـذى يظهر بعـد التتبع و التأمـل فى غير الطائفـة الاولى من الطـائفتين الأخيرتين ان مورد القرعـة و محل جريانها هو موارد تزاحم الحقوق و عـدم ثبوت المرجح لأحدها على الأخر، و هذا هو الجامع بين جميع الموارد التى حكم فيها بالقرعة بينهما، نعم مورد التخلف فيما ذكرنا انّما هى مسألة الغنم الموطوءة

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۴۳۰

التى حكم فيها بالقرعة، مع عدم تحقق الجامع المذكور فيها.

و لكن يمكن الجواب عنه مضافاً الى انه يمكن فرض تزاحم الحقوق فيها أيضاً، بأن كان القطيع مركّباً من أغنام أزيد من مالك واحد، كما كان هو الشائع فى تلك الأزمنة، بل فى زماننا هذا أيضاً بأن يقال: ان الرواية الدالة على ثبوت القرعة فى المورد المفروض مشعرة بكون هـذا المورد ايضاً من موارد تزاحم الحقوق؛ لانه قد عبّر فيها بعد الحكم بالقرعة و استخراج الموطوءة بها، بأنّه قد نجت سائرها، فان نجاة السائر انّما هى مع التزاحم كما لا يخفى.

نعم لا بـد من ملاحظـة الطائفـة الأولى الدالـة بظاهرها على ان كل مجهول ففيه القرعـة، و نقول: ان عمـدة ما يمكن ان يكون مستنداً للعموم هى روايـة محمـد بن حكيم المتقدّمة، و بما ان السؤال فيها ناقص، ضـرورة ان السؤال عن الشـىء لا ينطبق عليه الجواب بثبوت القرعـة لكل أمر مجهول، بل نفس هـذا السؤال لا يكاد يصدر من عاقل، فهذا يكشف عن ان السؤال كان عن أمر لم ينقل لنا، و حينئذ يبقى احتمال انّه لو كان السؤال مـذكوراً لنا لكان من الممكن ان يكون قرينـة على عدم شـمول الجواب لجميع الموارد، هذا مع انه لو أغمض النظر عن ذلك نقول: قد عرفت ان القرعة ليست امراً شـرعيّاً اخترعه الشارع، بل كانت معمولًا بها عند العقلاء قبل الشرع ايضاً، و قـد عرفت ان المساهمة المحكية فى الكتاب فى موردين كانت هى المساهمة العقلائية ظاهراً، و من المعلوم ان مورد إجراء القرعة و محلّها عند العقلاء لا يكون عامّاً شاملًا لجميع موارد الاشتباه و الجهل، بل العقلاء يعملون بها فى موارد مخصوصة، و الظاهر ان ضابطها تزاحم الحقوق، و بعد

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۴۳۱

ثبوت هذا البناء لا يكاد يفهم من مثل رواية محمد بن حكيم العموم لغير تلك الموارد.

و يؤيد ما ذكرنا انه مع كون هذه الرّواية بمرأى و مسـمع من الأصحاب، بل ادعى الإجماع على صدور مضمونها من الشيخ و الشهيد و غيرهما، و تمسـكوا بها فى غير مورد من مسائل القضاء و أشـباهها، و لم يظهر من أحد منهم التمسك بها و الفتوى بمضـمونها فى غير موارد تزاحم الحقوق، نعم حكى عن ابن طـاوس الفتوى بالقرعـة فى مورد اشـتباه القبلـة، و لكنه من الشـذوذ بمكـان، مضافاً الى كونه مخالفاً للنص الوارد فى تلك المسألة.

و يؤيـد بل يـدل على ما ذكرنا ما دلّ على أن أصل القرعـة من الكتاب، لانه ليس المراد دلالة الكتاب على شـرعية القرعة، لأنه لم يرد فيه كما عرفت إلّا حكايـة المساهمة فى موردين، و الحكاية أعم، بل المراد دلالة الكتاب على وجود هذا الأمر و ثبوته بين العقلاء، فلا بد فى تشخيص مورده و مجراه من الرجوع إليهم كما لا يخفى.

و أمّا قولهم فى مطاوى كتبهم الفقهية: القرعة لكل أمر مجهول أو مشتبه، فالظاهر ان المراد بالأمر فيه هو الأمر الذى يرجع الى الحاكم، على ما يشـهد به استعمال هـذه الكلمة فى باب القضاء، فإنه حيثما يطلق فى كتاب القضاء لا يراد منه الّا ذلك، كلفظ الحكم المعبّر به فى ذلك الكتاب، و من هنا يظهر سرّ تقييد الحلّى فى السرائر «۱» مورد القرعة بما إذا كان الأمر المجهول مشتبه الحكم؛ فان مراده من الأمر المجهول هو الأمر الذى يرجع الى الحاكم، و من الحكم المشتبه هو الحكم الذى هو وظيفة القاضى لا الحكم

---

(۱) السرائر ۲: ۱۷۳.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۴۳۲

الشرعى الكلى.

و يؤيـد ايضاً ما ذكرنا ما ورد مما يـدل على عـدم جواز اسـتخراج المجهول بالقرعـة لغير الإمام، الـذى يعنى به من يجوز له التصـدى للقضـاء، فـان تخصـيص جواز الاسـتخراج به لاـ يلاـئم ثبوت القرعـة فى جميع الأمور المشـتبهة، بل المناسب له هو اختصاص موردها بموارد تزاحم الحقوق التى لاـ بـد فيهـا من الرجوع الى الحاكم الشـرعى لفصل الخصومـة، و يؤيـد ما ذكرنا ايضاً عـدم خروج الموارد الخاصة الواردة فيها القرعة عن الضابطة المذكورة.

و قد انقدح مما حققناه تميز موارد القرعة عن غيرها، و حينئذ يظهر لك انّه لا يكون لعمومها بالنسبة إلى مواردها تخصيصات كثيرة، حتى يلزم الاسـتهجان، و يحتـاج فى العمـل بهـا الى عمل الأصـحاب كما هو المشـهور بين المعاصـرين و غيرهم، بل لا يكون لعمومها تخصيص إلّا فى مسألة درهم الودعى؛ إذ ان مقتضى القاعدة القرعة فيها، و لكن النص الخاص قد حكم بالتنصيف.

ثمّ انه لو أبيت عما ذكرنا من كون المراد بالأمر فى الروايـة النبويـة و فى قولهم: كل أمر مجهول ففيه القرعـة، هو الأمر الذى يرجع فيه الى الحـاكم؛ نظراً إلى إطلاـق لفـظ الأـمر فى الرّوايـة و الفتوى، نقول: انّ المراد بالأـمر هل هو الحكم أو الموضوع؟ و توصـيفه بكونه مجهولًا هل يراد به الشـبهة الحكمية أو الشـبهة الموضوعية؟ لا مجال للأوّل؛ لأن الشـبهات الحكمية و إن كانت فى بادئ النظر متصـفة بالجهل و الاشتباه، الّا انّها بلحاظ تبين حكمها فى لسان الشارع و بيان الوظيفة الشرعية فيها، لا تتصف بالجهالة و الاشتباه، فان

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۴۳۳

شرب التتن الـذى يجرى فيه احتمال الحرمـة لا يكون مجهولًا؛ لانه قـد حكم الشارع بحليّته بمقتضـى أصالـة الحليـة الجارية فى مثله، و كـذا صـلاة الجمعة التى يجرى فيها استصحاب الوجوب فرضاً بمقتضـى قوله (ع): لا تنقض اليقين بالشك، لا تكون مشـتبهة بوجه، و هكـذا، و إن شـئت قلت: ان الجهـل فى المثـالين انّما هو بالنسبـة إلى الحكم الواقعى، و أمّا بلحاظ الوظيفـة الشـرعية، فالحكم معلوم لا يجرى فيه جهالـة، و لاـ مجال لـدعوى كون المراد من الجهل فى الروايـة النبويّـة و فى الفتاوى هو الجهل بالحكم الواقعى بعـد إطلاق الجهل و عـدم تقييـده به، و يؤيد ما ذكرنا التعبير بالاعضال فى بعض الروايات الذى لا يبقى له مجال مع وضوح الوظيفة الشـرعية و لو بحسب الحكم الظّاهرى، فالشبهة الحكمية خارجة عن مفاد العبارة.

و أمّـا الشـبهة الموضوعيـة، فـإن كـانت بدويـة، فـالحكم فيهـا معلوم غير مجهول ايضـاً، سواء كان هى البراءة أو الاحتياط، و إن كانت مقرونـة بـالعلم الإجمـالى، فهى أيضـاً حكمهـا معلوم، سواء كان الشـبهة محصورة أم غير محصورة؛ لأن الحكم فى الأوّل هو الاحتياط على مـا هو المشـهور، و البراءة على غيره؛ و فى الثـانى هو البراءة على المشـهور ايضـاً، فلم يبق لنـا الّا موارد تزاحم الحقوق فى الشـبهة الموضوعيـة التى لم يبين حكمها فى الشـريعة، فإذا دار أمر مال بين ان يكون لزيـد أو لعمرو، و أقام كل واحـد منهما بيّنـة على مدعاه، فهذا هو الأمر المجهول و المشتبه و المعضل، الذى لا محيص فيه عن اعمال القرعة و الرجوع إليها؛ لعدم بيان حكمه فى شيء من أدلة الأمارات الشرعية و الأصول المعتبرة بوجه.

نعم، لا يختص إعمال القرعة بما كان له واقع، غاية الأمر كونه مجهولًا

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۴۳۴

عندنا، بل يعم ما لم يكن له واقع أصلًا، غاية الأمر الإعضال لأجل انه لا ترجيح فى البين أصلًا.

المقام الثالث- فى ان القرعة هل تكون امارة أو أصلًا؟

فيه وجهان، و الظاهر هو الوجه الثانى:

امّـا أوّلـا؛ فلاـن موارد ثبوت القرعـة عنـد العقلاـء على قسـمين: قسم يكون للمجهول المشـتبه واقع معلوم عنـد اللّه و غير معلوم عنـدنا، كالمساهمـة فى قصة «۱» يونس، بنـاء على كونهـا لأجـل تشـخيص العبـد الآـبق كمـا فى أحـد النقلين، و قسم لاـ يكون له واقع معين،

كالمساهمة فى قصة تكفل مريم الواقعة فى الكتاب «۲» العزيز، و من المعلوم انه لا- تعقل الأمارية فى القسم الثانى؛ لعدم ثبوت واقع حتى تكون القرعة أمارة عليه، و الظاهر انه لا فرق بين هذا القسم و القسم الأول عند العقلاء.

و أمّا ثانياً؛ فلانا لو قلنا: إن الطريقية و الأمارية قابلة لتعلق الجعل بها على خلاف ما حققناه فى محلّه و لكن مورده ما إذا كان المحلّ قابلًا لذلك الجعل، من جهة كونه واجداً لوصف الطريقية تكويناً؛ ضرورة انه لا يعقل جعل الطريقية للشك مثلًا و من المعلوم ان القرعة بالكيفية المتداولة لا يكون فيها جهة كشف و إراءة أصلًا؛ ضرورة أن اجالة السهام ثمّ إخراج واحد منها، لا يكون فيها كشف و طريقيّة، و ليس مثل خبر الثقة و شهادة عدلين، الذى يكون مشتملًا على الكشف و الإراءة فى نفسه، و حينئذ فكيف يمكن جعل الحجية لها كما لا يخفى.

---

(۱) سورة الصافات: الآية ۱۴۱.

(۲) سورة آل عمران: الآية ۴۰.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۴۳۵

و أمّا ثالثاً: فلأنه حيث يكون موضوع القرعة هو المجهول بما انه مجهول، نظير سائر الأصول التى موردها خصوص صورة الشك، كأصالة الحلية و الاستصحاب فلا بد من الالتزام بكونها مثلها فى ذلك، أى فى عدم كونها امارة.

و دعوى انّ ظاهر قول أمير المؤمنين «۱» (عليه السلام): ما من قوم فوّضوا أمرهم الى اللّه عزّ و جلّ و ألقوا سهامهم الّا خرج السّهم الأصوب، ان القرعة لا تخطئ أصلًا، بل الخارج سهم المحقّ دائماً، كما فى مرسلة «۲» الفقيه عن الصادق (عليه السلام) ايضاً قال: ما يقارع قوم فوضوا أمرهم الى اللّه الّا خرج سهم المحقّ، و هو معنى الأماريّة بل هى الامارة الدائمة المطابقة، مدفوعة بأن غاية ما يدلّ عليه مثل هذا التعبير هو مجرد تطبيق اللّه تعالى السهم الخارج على الواقع دائماً، لأجل تفويض الأمر إليه و جعله هو الحكم، و هذا يغاير معنى الأماريّة؛ فإنها متقومة بحيثيّة الكشف و الإراءة، و القرعة فاقدة لها، بل تكون القرعة على هذا نظير الاستخارة التى ليست بأمارة قطعاً. و من ذلك يظهر الخلل فيما افاده المحقق «۳» البجنوردى من جعل القرعة و الاستخارة من الأمارات؛ نظراً الى وجود جهة الكشف فيهما و الظن بإصابة الواقع و دلالة الدليل على حجية هذه الجهة، مثل قول ابى الحسن «۴» موسى (عليه السلام): كل ما حكم اللّه به

---

(۱) الوسائل ۱۷: ۵۹۳ ب ۴ من أبواب ميراث الغرقى ح ۴.

(۲) من لا يحضره الفقيه ۳: ۹۲ ح ۳۳۹۰.

(۳) القواعد الفقهية ۱: ۵۵.

(۴) الوسائل ۱۸: ۱۸۹ ب ۱۳ من أبواب كيفية الحكم ح ۱۱.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۴۳۶

فليس بمخطئ.

وجه الخلل ما عرفت من ان جهة الكاشفية و الطريقية التى هى أمر تكوينى متقوم بالطريق أمر، و تطبيق الله تعالى السهم الخارج على الواقع غالباً أو دائماً أمر آخر لا ارتباط بينهما، و الدليل انما يدل على الثّانى، و أمّا الأوّل فهو مفقود فى القرعة و الاستخارة كليهما، فالإنصاف انه لا مجال لدعوى الأمارية فى القرعة، بل هى أصل عند العقلاء و عند الشارع، يرجع إليه فى ما لم يكن مرجح فى البين، و لم يكن هناك أصل أو امارة أصلًا.

المقام الرابع- فى تعارض القرعة مع الاستصحاب، و نقول: ان النّسبة بينهما و إن كانت عموماً من وجه؛ لان مورد الاستصحاب هو

الشك مع لحاظ الحالـة السّابقـة، سواء كان فى مورد تزاحم الحقوق أو غيره، و مورد القرعة هو الشك فى مورد تزاحم الحقوق، سواء كـان مع لحـاظ الحالـة السّابقـة أم لاـ إلّا انك عرفت فى المقام الثانى ان دليل الاستصحاب حاكم على دليل القرعـة؛ لأن مورد أدلة القرعـة انّما هو الأمر المشـكل الذى وقع التعبير به فى كثير من الفتاوى تبعاً لجملة من النصوص، أو مطلق المجهول الّذى وقع التعبير به فى روايـة محمـد بن حكيم المتقدمـة، و من المعلوم انّ الأمر المشـكل معناه هو الأمر الـذى أشـكل رفع التحيّر عنه أو الحكم فيه؛ لان مورد اسـتعماله يغاير مورد اسـتعمال كلمة المجهول؛ فإنه لا تسـتعمل كلمة المجهول غالباً إلّا فى ما كان له واقع معين عند اللّه مجهول عند الناس، و المشـكل هو ما يصعب رفع التحير بالنسبة إليه، و الدليل على اختلافهما انه يمكن توصيف الواقع بأنه مجهول و لا يمكن توصيفه بأنه مشكل، فقد ظهر ان المشكل يتقوم بالتّحير، و من المعلوم انه مع جريان الاستصحاب لا تحيّر فى

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۴۳۷

البين أصلًا.

و أمّا مـا وقع فيه التعبير بعنوان المجهول، فقـد عرفت ان الجواب فيه و إن كـان عامّاً، الاـ ان السّؤال حيث لاـ يكون تامّاً، بل كان من المعلوم وجود شـىء آخر؛ لان السؤال عن نفس الشىء لا معنى له، فلا مجال للاستدلال بعموم الجواب، و ليس ذلك من باب الشك فى وجود القرينة الذى يكون بناء العقلاء على عدم الاعتناء به كما لا يخفى.

هـذا مضافاً الى ما عرفت من ان المراد بالمجهول المطلق هو ما كان مطلق حكمه مجهولًا، سواء كان واقعيّاً أو ظاهريّاً، و من المعلوم انه مع جريان الاستصحاب لا يبقى حينئذ مجال للرجوع إلى القرعة بعد تبين الحكم الظاهرى بالاستصحاب.

ثمّ انه استظهر المحقق النائينى (قده) «۱» انه لا يمكن اجتماع القرعة مع سائر الوظائف المقررة للجاهل حتى تلاحظ النسبة بينهما؛ لان التعبـد بالقرعـة انّما يكون فى مورد اشـتباه موضوع التكليف و تردّده بين الأمور المتباينة، و لا محلّ للقرعة فى الشـبهات البدوية، سواء كـانت الشـبهة من مجـارى أصالـة البراءَة و الحـلّ أو من مجـارى الاستصـحاب، لاـن المسـتفاد من قوله (ص): القرعـة لكـل مشـتبه أو مجهـول، هو مورد اشـتباه الموضوع بين الشـيئين أو الأشـياء، فيقرع بينهمـا لإـخراج موضوع التكليف، و لاـ معنى للقرعـة فى الشـبهات البدويـة؛ فإنه ليس فيها الّا الاحتمالين و القرعـة بين الاحتمالين خارجـة عن مورد التعبـد بالقرعة، فموارد البراءة و الاستصـحاب خارجة عن عموم أخبار القرعة بالتخصص لا بالتخصيص، كما يظهر من

---

(۱) فوائد الأُصول ۴: ۶۷۸.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۴۳۸

كلام الشيخ (قده).

و يرد عليه: انه بعد عدم اختصاص أدلة الاستصحاب بالشبهات البدوية تكون موارد اجتماع الاستصحاب و القرعة كثيرة جدّاً، خصوصاً فى موارد الجهل بتاريـخ أحـد الحادثين، كما لو عقـد الوكيلان المرأة لرجلين، و جهل بتاريـخ أحدهما، فبناء على تقدم الاستصـحاب على القرعـة، يحكم بصـحة عقـد معلوم التاريـخ كما افتى به و بنظائره هـذا المحقق فى حواشيه على العروة، و أمّا لو قيل بعـدم تقدمه عليها، يكون من موارد القرعة، و له أمثال كثيرة فى باب التنازع و القضاء.

كمـا انه ظهر ممـا ذكرنا انه لا وجه لما افاده الشـيخ الأعظم «۱» و تبعه المحقق الخراسـانى «۲» من خروج الاستصـحاب عن عموم أدلة القرعة بالتخصيص، و ذلك لما عرفت من عدم شمول أدلة القرعة لمورد الاستصحاب بوجه.

المقام الخامس- فى ان القرعة هل هى وظيفة الإمام أو من بحكمه خاصّة، أو يعمل بها كلّ أحد؟

فيه وجهـان، قال صاحب العناوين «۳»: «و الـذى يقوى فى النظر القاصـر بعـد ملاحظة الرّوايات اختصاص أمر القرعة بالوالى، فإن كان

يمكن الرجوع فيه الى امام الأصل اختصّ به؛ لانه مورد أكثر الأخبار، و انّها و إن لم تدل على الاختصاص، لكنها لا تدل على

(۱) فرائد الأُصول ۲: ۷۳۳.

(۲) كفاية الأُصول ۲: ۳۶۰.

(۳) العناوين: ۱۱۸.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۴۳۹

العموم، فيقتصر على المتيقن، و لما فى مرسلة «۱» ثعلبة فى الممسوح قال: يجلس الامام و يجلس عنده ناس، و فى موثقة «۲» ابن مسكان و رواية إسحاق و السكونى كذلك، و ما فى صحيحة «۳» معاوية بن عمّار قال: أقرع الوالى بينهم، و ما فى صريح رواية يونس «۴» و لا يجوز ان يستخرجه أحد إلّا الإمام، فإن له كلاماً وقت القرعة و دعاء لا يعلمه سواه و لا يقتدر عليه غيره، و ما فى صريح مرسلة عمّار: القرعة لا تكون إلّا للإمام، مضافا الى ان إطلاق ما مرّ من الروايات يعنى مثل رواية محمد بن حكيم موهون بما مرّ من انه مسوق لبيان المشروعية و نحوه، و لو فرض فيه إطلاق، تقيّده هذه الروايات، و فيها الصحيح و الموثق و غيره، و دعوى ان الصحيح غير صريح الدلالة، و الموثقة ايضاً، غير ناف لغير الوالى، و الروايات الصريحة خالية عن الجابر؛ إذ لم يعهد من الأصحاب اشتراط القرعة بالإمام حتى ينجبر، مدفوعة أوّلًا بأن هذه النصوص و إن لم تكن صالحة للتقييد، لكنّها كافية فى إفادة التشكيك و الوهن فى الإطلاق، و الأصل الاوّلى كاف فى المنع عن غير المتيقن، و ثانياً: ان دلالة الصحيحة و الموثقة على التقييد و الاختصاص ليست بأضعف من تلك الإطلاقات فى التعميم، و ثالثاً: ان هذه الروايات مروية فى الكافى و التهذيب معللة بما علل معمول بها فى أصل

(۱) الوسائل ۱۷: ۵۸۰ ب ۴ من أبواب ميراث الخنثى ح ۳.

(۲) مستدرك الوسائل ۱۷: ۳۷۸ ب ۱۱ من أبواب كيفية الحكم ح ۱۴.

(۳) الفقيه ۳: ۹۲ ح ۳۳۹۲ الوسائل ۱۸: ۱۹۰ ب ۱۳ من أبواب كيفية الحكم ح ۱۴.

(۴) الوسائل ۱۶: ۴۴ ب ۳۴ من أبواب العتق ح ۱.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۴۴۰

الحكم، فراجعها، و هذا القدر كاف فى الظن بالصّدور، و هو المعتمد فى العمل، و تحقيق ذلك موكول الى محلّه، مضافاً الى ان القرعة فى هذه المقامات مثبتة للموضوع مستلزمة لترتب أحكام مخالفة للأصل، و الأصل عدم لحوقها الّا بالمتيقن، مع ان الغالب فى المثبتات كالبينة و اليمين و نحو ذلك من الشياع و نحوه، عند الحاكم فكذلك القرعة، و بالجملة من اعطى النظر حقه فى هذا المقام لا يشك فى الاختصاص، و الذى أراه ان الظاهر من الأصحاب أيضاً ذلك، إذ لم يعهد منهم تعميم القرعة، نعم كلامهم ايضاً غير مقيد بخصوص الوالى فى الموارد التى نقلناها عنهم، و من هنا قد يتوهم الإطلاق، لكنّه غير دالّ على ذلك؛ إذ الغالب فى تلك الموارد المذكورة كونها عند الحاكم؛ إذ الغالب انّها فى باب التنازع و التداعى، و لا يحتاج فى ذلك الى تقييدهم بكونه عند الامام، و بالجملة التأمل فى النص و الفتوى يقضى بالاختصاص».

أقول: ان قلنا باختصاص مورد القرعة بباب القضاء و الحكومة، غاية الأمر كونها أعم من قضاء القاضى فى باب الدّعاوى و الخصومات، و حكومة الوالى فى المنازعات المرتبطة به، فلا إشكال فى اختصاص القرعة بالقاضى و الوالى، و إن لم نقل به، فالظاهر انه بعد عدم ثبوت إطلاق يعتدّ به ان القدر المتيقن هو الرجوع إليهما؛ للشك فى ترتب الآثار مع عدم الرجوع، نعم لا تنبغى المناقشة فى جواز التراضى بالقرعة فى بعض الموارد، كباب القسمة و التزاحم فى المشتركات و نحوهما، كما انه لا مجال لتوهم الاختصاص بإمام الأصل، و عدم الجواز للنائب العام، و إن كان بعض التعليلات فى الروايات توهم الاختصاص فتدبّر.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۴۴۱

المقام السادس- الظاهر انه ليس للقرعة كيفية خاصة و طريق مخصوص،

بل هى كلّ تمتاز به الحقوق، و يكشف به عن الواقع، أو يتعين به أحد الأمور، و يدلُّ عليه مضافاً الى الإطلاقات الكثيرة انه قد ورد فى الكتاب العزيز بإلقاء الأقلام، و فى النصوص بأنواع مختلفة، مثل الكتابة على السهم و الخواتيم من الشركاء و من الحاكم، و الكتابة على الرقاع و النوى، و غير ذلك، و هو يكشف عن عدم تعين طريق خاص و كيفية مخصوصة كما هو ظاهر.

المقام السّابع- ربما يستظهر اعتبار تفويض الأمر الى اللّه تعالى فى صحة القرعة،

اشارة

بمعنى ان يوطن المقترعون أنفسهم على التسليم لما أمر به اللّه و إطاعته متى ينكشف لهم، فلو اتّفق ذلك منهم تجربة أو من دون التفات الى اللّه تعالى بطلب البيان فلا عبرة بذلك.

أقول: الأصل فى ذلك صحيحة جميل المروية فى التهذيب «۱» قال: قال الطيّار لزرارة: ما تقول فى المساهمة أ ليس حقّا؟ فقال زرارة: بل هى حقّ، فقال الطيّار: أ ليس قد ورد انّه يخرج سهم المحقّ؟ قال: بلى، قال فقال: حتى ادّعى انا و أنت شيئاً ثمّ نساهم عليه و ننظر هكذا هو؟ فقال زرارة: انما جاء الحديث بأنه ليس من قوم فوضوا أمرهم الى اللّه ثمّ اقترعوا الّا خرج سهم المحقّ، فامّا على التجارب فلم يوضع على التجارب، فقال الطيّار: أ رأيت ان كانا جميعاً مدعيين ادّعيا ما ليس لهما من اين يخرج سهم أحدهما؟ فقال زرارة: إذا كان كذلك جعل معه سهم مبيح و يحتمل

---

(۱) التهذيب ۶: ۲۳۸ ح ۵۸۴. الوسائل ۱۸: ۱۸۸ ب ۱۳ من أبواب كيفية الحكم ح ۴.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۴۴۲

ان يكون منيح بالنون و هو أحد سهام المسيرة العشرة مما لا نصيب له فان كانا ادّعيا ما ليس لهما خرج سهم المبيح.

و هذه الرواية و إن كان فيها اشكال من جهة ظهورها فى التسالم بين زرارة و الطيّار على ان مورد القرعة ما إذا كان هناك محقّ واقعاً، مع انك قد عرفت عدم الاختصاص به، الّا ان ظهورها فى انه لم توضع القرعة على التجارب بل انّما هى فى ما فوضوا أمرهم الى اللّه تعالى، لا ينبغى ان ينكر.

و يستفاد من بعض الروايات المتقدمة اعتبار التفويض قبل القرعة، و من بعضها اعتباره بعدها، و من بعضها ان القرعة هى نفس التفويض الى الله تعالى، و المستفاد من المجموع بعد التأمل ان مورد القرعة ما إذا كان المراد الكشف عن الواقع، أو تعيّن أحد الأمور، و أمّا إذا كان المراد بها التجربة و نحوها، فلا مجال لها، و الظاهر انه ليس المراد لزوم التوجه الى اللّه تعالى و طلب البيان منه حتى يكون فيه شائبة العبادية، بل المراد كون اعمالها لغرض جدّى و مقصود أصلى و هو ما ذكرنا.

ثمّ ان الظاهر عدم اعتبار الدعاء، فضلًا عن الدعاء المخصوص المشتمل عليه بعض الروايات فى صحة القرعة، و إن كان ظاهر بعض الروايات اعتباره، بل جعل ذلك علة لعدم اقراع غير الامام كما عرفت، الّا ان الظاهر من اختلاف النصوص فى أصل الدعاء، و فى خصوصية الحمل على عدم الوجوب كما لا يخفى.

هذا تمام الكلام فى قاعدة القرعة.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۴۴۳

الأوّل الكتاب،

قال اللّه تعالى فى سورة المائدة «١» فى ضمن الآية الثانية تَعٰاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَ التَّقْوىٰ وَ لٰا تَعٰاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَ الْعُدْوٰانِ و لو لا كون الجملة الثانية واقعة عقيب الجملة الأولى معطوفة عليها، لكانت دلالتها على حرمة التعاون على الإثم و العدوان ممّا لا مناقشة فيه؛ لظهور النهى فى التحريم على ما هو المحقق فى الأصول، و لكن لوقوعها عقيبها و عطفها عليها

---

(١) سورة المائدة: الآية ٢.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۴۴۴

صارت موجبة لتوهّم لزوم حمل النهى على الكراهة؛ نظراً إلى انه يعلم من الخارج عدم وجوب مطلق التعاون على البرّ و التقوى، نعم يجب التعاون فى بعض الموارد مما يكون التعاون فيه لأجل حفظ نفس محترمة، كإنقاذ غريق أو حريق، أو يكون من مصاديق الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر، و أمّا التعاون فى جميع موارد البرّ و التقوى فليس بواجب، و مقتضى وحدة السياق بعد حمل الأمر على الاستحباب حمل النهى على الكراهة أيضاً، فلا دلالة للآية على حرمة التعاون على الإثم و العدوان.

و لكن الظّاهر بعد تسلم لزوم حمل الأمر على الاستحباب انه لا وجه لحمل النهى على الكراهة، بعد كون الآية مشتملة على حكمين مستقلين، سيّما بعد كون أحدهما امراً و الآخر نهياً، و مجرد تتابع الجملتين فى الذكر لا يقتضى وحدة السّياق، و هذا غير ما ذكروه فى مثل حديث الرفع من كون وحدة السياق مقتضية لحمل ما الموصولة على الموضوع؛ لكون معناها فى بعض الفقرات ذلك، فيجب ان يكون فى الجميع كذلك، و ذلك مضافاً الى منع الاقتضاء فى الحديث ايضاً، و التحقيق فى محلّه لأجل الفرق بين المقام و بين الحديث، من جهة ان الأشياء و الأمور التسعة المذكورة كلّها مرفوعة بعبارة واحدة و برفع واحد، و لم يستعمل فى الجميع الّا كلمة رفع واحدة، فهى مشتركة فى المرفوعية، و فى اسناد الرفع إليها، و هذا بخلاف المقام الذى يشتمل على حكمين مستقلين غير مرتبطين، أحدهما أمر و الآخر نهى، و لا ارتباط لأحدهما بالآخر أصلًا، فلا مجال فيه لدعوى وحدة السياق كما لا يخفى.

نعم يجرى فى الاستدلال بالآية للقاعدة المناقشة من جهة أخرى،

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۴۴۵

و هى ان المأخوذ فى القاعدة انما هو عنوان الإعانة، التى مرجعها الى كون أحد الشخصين مباشراً و فاعلًا، و الآخر عوناً له و مساعداً فى إيجاد بعض مقدمات فعله، و المأخوذ فى الآية الشريفة انما هو عنوان التعاون الذى هو من باب التفاعل، و معناه اشتراك شخصين و تعاونهما فى جهة صدور الفعل عنهما، فلا ينطبق الدليل على المدّعى.

و أجيب عن ذلك بان امره تبارك و تعالى بالتعاون على البرّ و التقوى، و كذلك نهيه عن التعاون على الإثم و العدوان، ليس باعتبار فعل واحد و قضية واحدة و فى واقعة واحدة، بل الخطاب الى عموم المؤمنين و المسلمين بان يكون كل واحد منهم عوناً للآخر فى البرّ و التقوى، و لا يكون عوناً لأحد فى الإثم و العدوان، فإطلاق لفظ التعاون باعتبار مجموع القضايا لا باعتبار قضية واحدة و فعل واحد، فالمأمور به فى الآية الشريفة اعانة كل مسلم لكل مسلم فى ما يصدر عنه من فعل الخير و البرّ و التقوى، و المنهى عنه اعانة كل شخص فى فعله الذى هو إثم أو عدوان، فينطبق الدليل على المدّعى.

و يؤيّد هذا الجواب انه مع وضوح كون حكم الإثم و العدوان متوجهاً بالفاعل الذى يسند اليه الفعل، يكون مفاد الآية بيان حكم زائد، و هو التحريم المتعلق بالعون من آخر على ذلك، و لو كان مفاد الآية بيان حكم متعلق بعنوان التعاون، الذى مرجعه إلى إسناد الفعل الى شخصين و صدوره منهما، فلا يكون بياناً لحكم زائد؛ لأن مرجع ثبوت الحكم لعنوان التعاون عدم ثبوت الحرمة للفعل الصادر من واحد منهما، لانه لا يكاد يجتمع ثبوت الحرمة للواحد مع ثبوتها للمشترك، كما لا يخفى، نعم يمكن ثبوت الحكم

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۴۴۶

للمشترك فى بعض الموارد، كما إذا توقف حفظ نفس محترمة على عمل شخصين و اشتراك رجلين مثلًا لكنه لا يكون فى هذه الصورة إلّا حكم واحد، و أمّا فى المقام فلا يجتمع الحكم الذى يتحقق بمخالفته الإثم، مع كون المنهى عنه هو التعاون المتقوم بشخصين مثلًا فتدبّر.

ثمّ ان الظاهر ان الإثم بمعنى مطلق المعصية، و العدوان بمعنى الظلم، فان كان معناه مطلق الظلم الشامل لظلم النفس، المتحقق فى كل معصية، كانا مترادفين، و إن كان معناه خصوص ظلم الغير و العدوان عليه، يكون عطفه على الإثم من قبيل عطف الخاص على العام، و لعلّ النكتة فيه أهميّته و كونه من حقوق الناس، و يظهر من مجمع «١» البيان حاكياً له عن ابن عباس و أبى العالية و غيرهما من المفسرين، ان الإثم هو ترك ما أمرهم اللّه تعالى به، و العدوان ارتكاب ما نهاهم عنه؛ لأنه مجاوزة ما حدّ الله لعباده فى دينهم و فرض لهم فى أنفسهم، و عليه فالإثم و العدوان كلاهما بمعنى العصيان، غاية الأمر ان الأوّل عدمى و الثانى وجودى، ثمّ انه يظهر منه ايضاً ان قوله تعالى وَ تَعاوَنُوا .. و إن كان جزءاً من الآية الثانية، الّا انه كلام مستقل و ليس بعطف على ما قبله، و عليه فشأن نزول أصل الآية أيّاً ما كان لا يرتبط بهذا الذيل، الذى هو كلام مستأنف، فلا مجال للبحث فى ان شأن نزول الآية هل يضر بحجيّة عموم مفاد الآية أم لا، كما لا يخفى.

الثانى الروايات الواردة فى الموارد الخاصة التى تدل على حرمة الإعانة على الإثم فيها،

أو على حرمة مصاديق الإعانة و أفرادها، و لكنه يستظهر من مجموعها انّ الملاك هى نفس الإعانة على الإثم بعنوانها الكلّى،

---

(١) مجمع البيان ٢: ١٥٥.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ٤٤٧

سيما بالنسبة إلى المعاصى الكبيرة و هى كثيرة:

منها قوله «١» (ص): من أعان على قتل مسلم و لو بشطر كلمة، جاء يوم القيامة مكتوباً بين عينيه: آيس من رحمة اللّه، و لا شبهة فى ان الإيعاد سيّما بهذا النحو، يكشف عن الحرمة، إنّما الكلام فى ان المستفاد منه هل هو كون الإعانة على القتل خصوصاً مع أهميّته حرام، أو ان الملاك مطلق الإعانة على الإثم؟ لا يبعد الأوّل، و ذلك لانه لو كان المحمول هى الحرمة، لأمكن ان يقال بعدم الخصوصية، و لكن المحمول هو الإيعاد الخاصّ، الذى لا يثبت فى غير القتل ظاهراً؛ فان مطلق الإعانة على الحرام لا يكون موضوعاً لمثل هذا الوعيد، و عليه فالمحمول الكاشف عن الحرمة مختص بالموضوع، و لا يتجاوز عنه، فكيف يمكن استفادة العموم منه؟

و منها: قول النبى (ص) فى ما حكاه عنه أبو عبد اللّه (ع) على ما رواه فى الكافى «٢»: من أكل الطين فمات فقد أعان على نفسه، فإنه يستفاد منه مفروغية حرمة الإعانة على النفس و كونها موجبة لاستحقاق العقوبة، لكنه لا يستفاد منها ان حرمة الإعانة على نفسه هل هى من جهة كون المحرم مطلق الإعانة على الإثم، أو انّ للإعانة على النفس خصوصية موجبة لحرمتها؟

و منها: الروايات الكثيرة الواردة فى معونة الظالمين فى ظلمهم، و هى

---

(١) الوسائل ١٩: ٩ ب ٢ من أبواب القصاص فى النفس ح ۴. سنن ابن ماجة ٢: كتاب الديات ح ٢۶٢٠.

(٢) الكافى ۶: ٢۶۶ ح ٨.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۴۴٨

من المكاسب المحرمة المعنونة فيها، و قد تعرض لها الشيخ «١» الأعظم (قده) و فصل الكلام فيها، و من جملة الروايات التى أوردها ما عن كتاب الشيخ ورّام بن أبى فراس قال «٢» قال (ع) من مشى الى ظالم ليعينه، و هو يعلم انه ظالم، فقد خرج عن الإسلام، قال: و قال

«۳» (ع) إذا كـان يوم القيامـة ينـادى منـادٍ: أين الظلمـة أين أعوان الظلمـة أين أشـباه الظلمـة حتى من برى لهم قلماً أو لاـق لهم دواة، فيجتمعـون فى تـابوت من حديـد، ثمّ يرمى به فى جهنم، و فى النبوى «۴»: من علق سوطاً بين يـدى سـلطان جائر جعلها اللّه حيهٔ طولها سبعون ألف ذراع فيسلّطها اللّه عليه فى نار جهنم خالداً مخلّداً.

و هـذه الروايات و إن وردت فى إعانـهٔ الظالم فى ظلمهٔ، و لا دلالهٔ لها فى نفسـها على كون حرمهٔ هذه الإعانهٔ لأجل كونه من مصاديق الإعانهٔ على الإثم، حتى يستفاد منها العموم، الّا انه يمكن ان يقال: إن ضم الآيهٔ المتقدمهٔ إليها، لعلّه يوجب دلالتها على التعميم ايضاً، و ذلك لدلالـهٔ الآيـهٔ على تساوى الإثم و العـدوان من هـذه الجهـهٔ، فإذا كان المراد بالعدوان هو الظلم كما هو المحتمل، يكون مقتضـى مساواته مع الإثم ثبوت هذا الحكم فى مطلق الإثم أيضاً، فتدبّر.

و منها: ما ورد فى مورد اجارهٔ داره لان يباع فيها الخمر، مثل خبر

---

(۱) المكاسب: ۱۷ ۱۸.

(۲) كنز العُمّال ۳: ۴۹۹ ح ۷۵۹۶.

(۳) البحار ۷۲: ۳۷۲.

(۴) البحار ۷۲: ۳۶۹.

القواعد الفقهيهٔ (للفاضل)، ص: ۴۴۹

جابر قال: سألت «۱» أبا عبـد اللّه (ع) عن الرجل يؤاجر بيته فيباع فيه الخمر، قال: حرام أجرته، و لكن حرمـهٔ الأجرهٔ كاشـفهٔ عن بطلان الإجارهٔ، و هو لا يستلزم حرمتها كما لا يخفى، و التحقيق فى محلّه.

و منها: ما رواه «۲» الكلينى بإسناده عن جابر عن ابى جعفر (عليه السلام) قال: لعن رسول اللّه (ص) فى الخمر عشرهٔ: غارسها و حارسها و عاصـرها و شاربها و ساقيها و حاملها و المحمولـهٔ اليه و بايعها و مشتريها و آكل ثمنها، مع ان ما عـدا الشارب لا ينطبق عليه الّا عنوان الإعانهٔ و المعين على الإثم و تحقق المعصيهٔ، نعم قد عرفت فى الروايهٔ المتقدمهٔ ان حرمهٔ أكل الثمن انّما هى من أجل بطلان المعاملهٔ؛ لإلغاء الشارع ماليهٔ الخمر، فأكل الثمن أكل للمال بالباطل.

و منها: غير ذلك من الروايات التى لا يبعد ان يستفاد من مجموعها حرمهٔ الإعانهٔ على الإثم بعنوانها كما لا يخفى.

الثالث حكم العقل بقبح الإعانهٔ على الإثم،

لأنهـا مساعـدهٔ على إتيـان مـا هو مبغوض للمولى، كحكمه بقبـح نفس المخالفـهٔ و المعصـيهٔ؛ لكونهـا مبغوضـهٔ للمولى و مشـتملهٔ على المفسدهٔ اللازمهٔ الترك، غايهٔ الأمر ان دائرهٔ الإعانهٔ و المساعدهٔ لا تشمل ما إذا هيّأ له مقدمات بعيدهٔ، لا بقصد ترتب المعصيهٔ و صدور مـا هو المبغوض، بـل كما سـيأتى إن شاء اللّه تعالى فى معنى الإعانـهٔ و مفهومها اختصاص ذلك بالمقـدمات القريبـهٔ، أو البعيـدهٔ التى تكون

---

(۱) الوسائل ۱۲: ۱۲۵ ب ۳۹ من أبواب ما يكتسب به ح ۱. الاستبصار ۳: ۵۵ ح ۱۷۹.

(۲) الوسائل ۱۲: ۱۶۵ ب ۵۵ من أبواب ما يكتسب به ح ۴.

القواعد الفقهيهٔ (للفاضل)، ص: ۴۵۰

مقرونـهٔ بقصـد ترتّب المعصـيهٔ و تحققها، فانتظر، و فى هذه الدائرهٔ لا مجال لإنكار حكم العقل بالقبح، الكاشف عن الحرمهٔ الشـرعيهٔ؛ لقاعدهٔ الملازمهٔ، و إن كان حكمه بقبح نفس المعصيهٔ و المخالفهٔ ليس كاشفاً عن ثبوت الحرمهٔ الشرعيهٔ لها، كما لا يخفى وجهه.

الرّابع الإجماع و اتفاق الأصحاب على حرمة الإعانة على الإثم،

و هذا الأمر مفروغ عنه عندهم و يرسلونه إرسال المسلّمات، و لكنا قد ذكرنا مراراً انه لا أصالة لمثل هذا الإجماع، بعد دلالة الكتاب و السنة، بل و حكم العقل على ما عرفت، فلا يكون دليلًا مستقلا فى مقابلها.

الجهة الثانية- فى المراد من القاعدة

فنقول:

امّا الإثم فهو فى القاعدة بمعنى مطلق المخالفة و المعصية، سواء كان فى التكليف الوجوبى أو التحريمى، و إن كان المراد به فى الآية بلحاظ عطف العدوان عليه معصية خاصة، على ما عرفت من مجمع البيان، الّا انه لا مجال للإشكال فى ان المراد به فى القاعدة هو مطلق المخالفة.

و أمّا الإعانة التى هى العمدة، فهى لغة بمعنى المساعدة، يقال: أعانه على ذلك، اى: ساعده عليه، و عليه فالمعين للإنسان هو المساعد له فى جهة خاصة أو سائر الجهات، و لكن الظاهر عدم اختصاص المساعدة بالمساعدة العملية بل تعم المساعدة الفكرية، و إراءة الطريق و الإرشاد الى ما هو مطلوبه و مقصده، و عليه فالإعانة على الإثم معناها مساعدة الآثم و إعانته فى جهة تحقق الإثم و صدور المعصية، سواء كانت مساعدة عملية أم مساعدة فكرية إرشاديّة، و الظاهر انه لا كلام فى ذلك، انّما الكلام فى أمرين

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۴۵۱

أحدهما: انه هل يتوقف صدق الإعانة على الإثم على قصد ترتب الإثم و تحقق المعصية، فإذا لم يكن المعين قاصداً لترتبها و صدورها من الآثم لم تتحقق الإعانة أصلًا؟ أو لا يتوقف صدقها على قصد صدور المعصية منه بوجه؟

ثانيهما: هل يتوقف الصدق المذكور على تحقق الحرام فى الخارج و صدور الإثم من الآثم؟ أم يتحقق و لو لم تصدر المعصية منه فى الخارج أصلًا؟

قد يقال بلزوم كلا الأمرين من القصد و تحقق الحرام فى الخارج، و قد يقال بعدم لزوم شىء من الأمرين، بل بمحض إيجاد المقدمة تتحقق الإعانة، سواء قصد ترتب الحرام أم لا، و سواء تحقق الحرام فى الخارج أم لا، و قد يقال بالتفصيل بين الأمرين؛ نظراً الى اعتبار الأمر الأوّل دون الثانى، أو العكس، فيتحصّل أربعة احتمالات، بل أقوال، اللّازم البحث فى كل واحدة من الصّور الأربع فنقول:

امّا الصورة الأولى و هى التى كانت مقرونة بالقصد، و ترتب الحرام عليها خارجاً، فلا إشكال فى صدق الإعانة على الإثم فيها، و إن كان العمل الصّادر من المعين مقدمة بعيدة، كالغرس فى الرواية النبوية المتقدمة، فإن غرس شجر العنب ان كان بقصد صناعة الخمر من عنبه، و ترتب هذا القصد عليه فى الخارج، يكون اعانة على الإثم، و يصير الغارس ملعوناً كما فى الرواية.

كما ان الصورة الثانية و هى عكس الصورة الأولى، تكون فاقدة للقصد و الترتب معاً، و لا ينبغى الإشكال فى عدم كونها اعانة، و إن قيل

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۴۵۲

بالصدق فيها ايضاً، و لعلّ مستنده إطلاق الغارس فى الرواية النبويّة؛ إذ لم يقيد بالقصد أو الترتب أصلًا، و لكن الظاهر انه لا مجال للالتزام به، و إلا يلزم ان يكون أكثر الافعال محرّمة بعنوان الإعانة لصلاحيتها لاستفادة المعصية منها و ترتب الحرام عليها.

و يمكن ان يقال: انّ نسبة الغارس الى الخمر فى الرّواية، مع عدم قابلية الخمر للمغروسية، و إنما القابل هو النخل و شجر العنب، انّما تصح على تقدير كون الغرض من الغرس ذلك، و إلا فمطلق غرس النخل لا يصحح إطلاق غرس الخمر، فالرواية حينئذ لا دلالة لها و لو بظاهرها على حرمة مطلق الغرس و اللّعن عليه، كما لا يخفى.

و أمّا الصورة الثالثة فهی ما إذا كان هناک قصد، و لكنه لا يكون ترتب و صدور اثم و عدوان، و الظاهر انه لا مجال لتوهم صدق الإعانة على الإثم و العدوان هنا، بعد عدم تحقق اثم و معصية فی الخارج، حتى يعان عليها، نعم لو كان المعين قاطعاً بتحقق الحرام و ترتبه عليه بالقطع الوجدانی أو الحكمی، يصدق عليه عنوان المتجری؛ لقطعه بان عمله اعانة على الإثم مع عدم كونه فی الواقع كذلک، كما انه يمكن ان يقال بالحرمة، لا من جهة الإعانة، بل من جهة أخرى غيرها، و أمّا الإعانة فلا مجال لتوهمها بوجه، و العجب من الشيخ الأعظم الأنصاری «۱» (قده)؛ فإنه يظهر منه فی مسألة بيع العنب ممّن يعلم انه يجعله خمراً، بل يصرح بتقوم الإعانة بالقصد و الإتيان بالفعل بقصد حصول المعان عليه، سواء حصل أم لم يحصل إذ أنه ذكر فی مقام الجواب عن بعض المعاصرين، القائل باعتبار القصد و باعتبار وقوع

(۱) المكاسب: ۱۶.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۴۵۳

المعان عليه فی تحقق مفهوم الإعانة فی الخارج، و تخيله انه لو فعل فعلًا بقصد تحقق الإثم الفلانی من الغير فلم يتحقق منه، لم يحرم من جهة صدق الإعانة، بل من جهة قصدها، بناء على ما حرّره من حرمة الاشتغال بمقدمات الحرام بقصد تحققه، و انه لو تحقق الفعل كان حراماً من جهة القصد الى المحرم، و من جهة الإعانة، ان فيه تأملًا، قال: فإن حقيقة الإعانة على الشیء هو الفعل بقصد حصول الشیء، سواء حصل أم لا، و من اشتغل ببعض مقدمات الحرام الصادر عن الغير بقصد التوصل اليه، فهو داخل فی الإعانة على الإثم، و لو تحقق الحرام لم يتعدد العقاب.

وجه التعجب ان كون المعان عليه اثماً و معصية لا يوجب التغيير فی معنى الإعانة، و من الواضح انه مع عدم تحقق المعان عليه فی الخارج كيف يعقل تحقق الإعانة عليه؟ فاذا لم يتحقق التزويج مثلًا لمانع، هل يجوز دعوى ان زيداً أعان عمراً على التزويج، و لو كان هناک إطلاق فهو مبنی على التسامح، و إلا فالإطلاق الحقيقی لا يكون له وجه أصلًا.

و أمّا الصورة الرّابعة، فهی عكس الصورة الثالثة، و هی ما إذا كان هناک ترتب و صدور معصية، و لكنه لم يكن فی البين قصد، و الظاهر ان المسألة خلافيّة، فقد استظهر الشيخ «۱» من الأكثر عدم اعتبار القصد، و حكى عن الشيخ فی المبسوط الاستدلال على وجوب بذل الطّعام لمن يخاف تلفه بقوله (ص): من أعان على قتل مسلم و لو بشطر كلمة جاء يوم القيامة مكتوباً بين عينيه آيس من رحمة اللّه، و عن العلّامة فی التذكرة انه استدل على حرمة بيع السّلاح من أعداء الدين بانّ فيه اعانة على الظّلم، و عن

(۱) المكاسب: ۱۷.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۴۵۴

المحقق الثانی انه استدل على حرمة بيع العصير المتنجس ممّن يستحلّه، بان فيه اعانة على الإثم، و عن المحكی عن المحقق الأردبيلی انّه استدل على حرمة بيع العنب ممّن يعلم انه يجعله خمراً بان فيه اعانة على الإثم، و عن الحدائق انه قرّره على ذلک، و عن الرياض انه بعد ذكر الأخبار الدالة على الجواز فی مسألة بيع العنب قال: و هذه النصوص و إن كثرت و اشتهرت و ظهرت دلالتها بل ربما كان بعضها صريحاً، لكن فی مقابلتها للأصول و النصوص المعتضدة بالعقول اشكال، ثمّ استظهر ان مراده بالأصول قاعدة حرمة الإعانة على الإثم، و بالعقول حكم العقل بوجوب التوصل الى دفع المنكر مهما أمكن، ثمّ أيّد الشيخ ما ذكروه من صدق الإعانة بدون القصد، بإطلاقها فی غير واحد من الاخبار، مع عدم تحقق القصد فی مواردها، مثل النبوی المتقدم من أكل الطين فمات، فقد أعان على نفسه و غيره من الرّوايات.

و لكن يظهر من المحقق الثانی فی حاشية الإرشاد «۱» اعتبار القصد فی تحقق مفهوم الإعانة، و وافقه جماعة من متأخری المتأخرين،

منهم صاحب الكفاية «۲» و صاحب الجواهر «۳» و هنا قول ثالث و هو التفصيل بين ما إذا كانت تلك المقدّمة بعد إرادة الآثم لذلك الإثم و عزمه على ذلك الفعل و لكن يتوقف إيجاده على تلك المقدّمة كما إذا أراد ضرب شخص و عزم على ذلك، و لكن يتوقف وقوع الضرب فى الخارج على وجود عصا بيده، فأعطاه

(۱) على ما نُقل فى العوائد الأيام: ۲۷.

(۲) الكفاية، كتاب التجارة.

(۳) جواهر الكلام ۲۲: ۳۳.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۴۵۵

العصا بيده فى هذه الحالة مع علمه بإرادته و عزمه، فإن إعطاء العصا فى هذه الحالة مع العلم المذكور يكون اعانة على الإثم، و إن لم يقصد ترتب الضرب، بل يرجو ان لا يضرب، و بين ما إذا كانت تلك المقدمة من مبادى الإرادة على الإثم، و بعبارة اخرى: التفصيل بين ما إذا كانت المقدمة جزء أخيراً من العلة التامة لتحقق الإثم، و بين ما إذا لم تكن كذلك، ففى الصورة الأولى تتحقق الإعانة و لو لم تكن المقدمة مقرونة بقصد المعين، و فى الصورة الثانية يتوقف تحقق الإعانة على القصد و ترتب المحرّم و المعصية، امّا توقف الصورة الثانية على القصد فواضح، و قد عرفت ان رواية «۱» لعن الغارس ناظرة الى هذا الفرض، و أمّا عدم توقف الصورة الأولى على القصد؛ فلان المفروض تمامية مقدمات وقوع الحرام و تحقق الإثم و نقصان هذه المقدمة، فإذا علم انه بإيجادها يتحقق الحرام فى الخارج، فهو اعانة لا محالة، و إن لم يكن قاصداً لتحققه، بل كان الغرض من إعطاء العصا فى المثال المذكور انه لا يريد مخالفة الآثم و الآباء عن إيجاد مطلوبه و هو التمكن من العصا، و قد اختار هذا القول جماعة منهم المحقق «۲» البجنوردى، و قبله الشيخ «۳» الأنصارى فى آخر كلامه، و قبله المحقق الأردبيلى فى آيات «۴» أحكامه، قال فى كتاب الحج منه عند بيان آية وَ لا تَعاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَ الْعُدْوانِ: «و الظاهر انّ المراد الإعانة على المعاصى مع القصد، أو على الوجه الذى

(۱) الوسائل ۱۲: ۱۶۵ ب ۵۵ من أبواب ما يكتسب به ح ۴.

(۲) القواعد الفقهية ۱: ۳۱۰ ۳۱۱.

(۳) المكاسب: ۱۹.

(۴) لم نعثر فى كتابه و لكن حكى عنه العوائد: ۲۷.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۴۵۶

يقال عرفاً انه كذلك، مثل ان يطلب الظالم العصا من شخص لضرب مظلوم فيعطيه إيّاها، أو يطلب منه القلم لكتابة ظلم فيعطيه إياه، و نحو ذلك مما يعدّ اعانة عرفاً، فلا يصدق على التاجر الذى يتجر لتحصيل غرضه انه معاون للظالم العاشر فى أخذ العشور، و لا على الحاجّ الذى يؤخذ منه بعض المال فى طريقه ظلماً، و غير ذلك ممّا لا يحصى، فلا يعلم صدقها على شراء من لم يحرم عليه شراء السلعة من الذى يحرم عليه البيع، و لا على بيع العنب ممن يعمل خمراً أو الخشب ممن يعمل صنماً، و لهذا ورد فى الروايات الكثيرة الصحيحة جوازه، و عليه الأكثر، و نحو ذلك مما لا يخفى».

قال صاحب العوائد «۱» بعد نقل العبارة المذكورة: «و هو جيّد فى غاية الجودة».

و لكن الشيخ «۲» الأعظم (قده) أورد على المحقق الأردبيلى بعد جعل مورد الإشكال فى بحث الإعانة ما إذا قصد الفاعل بفعله وصول الغير الى مقدمة مشتركة بين المعصية و غيرها، مع العلم بصرف الغير إياها فى المعصية، و بعبارة اخرى: ما إذا كان هناك اعانة على شرط الحرام مع العلم بصرفه فى الحرام، بان الفرق بين إعطاء السّوط للظالم، و بين بيع العنب لا وجه له؛ فإن إعطاء السوط إذا كان

اعانـة كما اعترف به فى آيات الاحكام، كان بيع العنب كـذلك، كما اعترف به فى شـرح الإرشاد، و يرد عليه ما أفاده فى ذيل كلامه من الفرق من جهة انحصار فائدة الشرط عرفاً فى الحالة الخاصة فى الضّرب، بخلاف تمليك الخمّار؛ فإنه لا تنحصر فائدته

---

(۱) عوائد الأيام: ۲۷.

(۲) المكاسب: ۱۷.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۴۵۷

عرفاً فى التخمير، و لو مع العلم بترتبه عليه، فالانحصار و عدمه هو الفارق بين المسألتين.

فحاصل الكلام يرجع الى ان العرف هو الفارق بين الفرضين، و ملاكه الانحصار العرفى و عدمه، كما ان ثبوت الإعانة مع فرض القصد فى غير هـذه الصورة انّمـا هو لحكم العرف بـذلك، فإنه يرى الفرق بين غارس النخل لأجل اسـتفادة الخمر، و بين الغارس لا لـذلك، نعم يبقى الكلام فى مثل قوله (ص) من أكل الطين فمات فقد أعان على نفسه، و اللازم ان يقال بعد ظهور عدم كونه فى مقام الاخبار عن تحقق الإعانـة العرفيـة بـذلك: ان المراد هو تحقق الإعانـة تعبّداً و ترتب آثارهـا عليه كـذلك، و لاـ مانع من الالتزام به بعـد دلالة الرّواية عليه، و يمكن ان يقال بأنه حيث يترتب الموت غالباً على أكل الطين، فآكل الطين لا يكاد ينفك عن القصد، و الإعانة انما هى بلحاظ القصد فتدبّر.

ثمّ ان المـوارد المرتبطـة بهـذه القاعـدة فى الفقه كـثيرة، مثـل مسألـة بيـع العنب ممن يعلم انه يجعله خمراً، و بيع الخشب ممن يعلم أنه يجعله صنماً، و إجارة الدكان لبيع الخمر، أو الدار لصنعها، و إجارة الدابة أو السفينة لحمل الخمر، و بيع السلاح من أعداء الدين، و إن كان يحتمل فيه ان لا تكون حرمته من باب الإعانـة، بل من حيث نفسه، و الضابط فى الموارد الخالية عن النص جوازاً أو منعاً مراعاة ما ذكرنـاه فى معنى الإعانـة من اعتبـار أحـد أمرين على سبيـل منع الخلو، امّا القصـد الى ترتب فعل الحرام عليه، بمعنى كون الغرض من الفعل و إيجاد المقدمة ترتب الحرام عليه و وجوده فى الخارج، و أمّا كون الفعل قريباً الى الحرام و جزءاً أخيرا من العلة التامة،

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۴۵۸

الذى يوجب صدق الإعانة بنظر العرف، و إن لم يكن فى البين قصد أصلًا.

الجهة الثالثة- فى انه لا إشكال فى صدق الإعانة فيما إذا كان هناك شخصان أحدهما المعين و الآخر المعان،

و أمّا بالنسبة إلى شخص واحد، فهل تتحقق الإعانة أم لا؟ فالمشترى فى مثال بيع العنب إذا كان قاصداً باشترائه تخمير العنب المشترى، و كـان غرضه من الشـراء ذلك، هل يكون عمله حراماً بعنوان الإعانـة أم لا؟ يظهر من الشـيخ «۱» الأعظم (قـده) الثانى، إذ انه ذكر ان محل الكلام ما يعد شرطاً للمعصية الصادرة عن الغير قال: فما تقدم من المبسوط من حرمة ترك بذل الطعام لخائف التلف مستنداً الى قوله (ع) من أعان على قتل مسلم .. محلّ تأمل الّا ان يريد الفحوى.

و يؤيـد التعميم الرواية الواردة فى لعن الغارس؛ فان حملها على كون المراد من الغرس تخمير الغير، و عدم شـمولها لما إذا كان المراد تخميره بنفسه، فى غايـة البعد، و كذا الرواية الواردة فى أكل الطين، الدالة على انّه اعانة على نفسه و لو بالمعنى الذى ذكرناه فى معنى الرواية.

و بالجملـة ان كان مراد الشـيخ (قده) مدخلية وجود الغير فى معنى الإعانة عرفاً، حتى لا يكاد يتحقق عندهم بدونه، فالظاهر انّه لا دليل عليه، خصوصاً بعـد ما عرفت من الإطلاق فى النصوص و بعض الفتاوى، و إن كان مراده مـدخليته زائداً على المعنى العرفى، فلا مجال له كما هو ظاهر.

الجهة الرّابعة – فی انه إذا صارت معاملة محرمة لأجل الإعانة علی الإثم،

اشارة

كبيع العنب لأجل صرفه فی التخمير، لا يوجب ذلک بطلان المعاملة، و إن قلنا بأن النهی و التحريم المتعلق بالمعاملة يوجب فسادها، علی خلاف

---

(۱) المكاسب: ۱۸.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۴۵۹

ما هو مقتضی التحقيق، كما بيّن فی محلّه؛ و ذلک لان التحريم بمقتضی النصوص و الفتاوی انّما تعلّق بعنوان الإعانة علی الإثم و العدوان، و قد حقق فی محلّه انه لا يعقل أن يسری الحكم من متعلقه إلی شیء آخر، و لو كان بينهما اتّحاد فی الخارج، و علی هذا المبنی قلنا بجواز اجتماع الأمر و النهی فی المسألة الأصولية، و فی المقام بيع العنب فی المثال المذكور، و إن كان منطبقاً عليه عنوان الإعانة علی الإثم، الّا انه لا يكاد يسری الحكم من عنوان الإعانة إلی عنوان البيع، فالمحرّم فی جميع الحالات و فی جميع المقامات هو نفس هذا العنوان، و أمّا عنوان البيع فهو محكوم بحكمه الاوّلی و هو الجواز، فلا مجال لان يصير باطلًا لأجل الحرمة، بعد كون متعلّقها هو عنوان الإعانة دون المعاملة.

هذا تمام الكلام فی قاعدة حرمة الإعانة علی الإثم.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۴۶۱

الأوّل دعوی الإجماع علی اعتبارها فی الموضوعات الخارجية التی يترتب عليها حكم أو أحكام فی الشريعة المقدّسة

كالنجاسة و الغصبيّة و الملكية و العدالة و القبلة و الاجتهاد و أشباهها.

و قد أورد علی هذه الدّعوی بان هذا الإجماع علی تقدير تحقّقه ليس واجداً لملاک الحجّية و لا كاشفاً عن موافقة المعصوم؛ لاحتمال ان يكون مستند المجمعين شيئاً من الوجوه الآتية، و عليه لا يبقی للإجماع أصالة، بل اللازم النظر فی تلک الوجوه و استفادة حكم البينة منها، كما لا يخفی.

و يمكن الجواب عن الإيراد بأنه حيث لا تكون الوجوه الآتية ظاهرة

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۴۶۲

الدلالة علی حجية البيّنة بل أكثرها أو كلها مخدوشة، فالإجماع علی اعتبارها بنحو يكون كإرسال المسلمات لا يبعد ان يقال بكشفه عن موافقة المعصوم، لعدم التلاؤم بين هذا النحو من الإرسال و بين الوجوه التی لا تكون دلالتها علی حجيّة البيّنة ظاهرة، كما هو ظاهر.

الثانی انه لا إشكال فی اعتبار البيّنة فی مورد الترافع و الخصومة و تقدّمها علی غير الإقرار مثل اليمين و نحوها،

فاذا كانت معتبرة فی ذلک الباب مع وجود المعارض و ثبوت المكذب إذ ان المنكر بإنكاره يكذب البيّنة و يعارضها ففيما إذا لم يكن لها معارض تكون معتبرة بطريق اولی، فالدليل علی حجية البينة فی ذلک الباب يدل بمفهوم الموافقة علی الحجيّة فی غيره مما لا يكون لها فيه معارض.

و أورد عليه بان اعتبار شیء فی باب المرافعات و الخصومات، لا دلالة له علی اعتباره فی غيرها أصلًا، فضلًا عن ان يكون بطريق أولی؛

لأن بقاء التنازع و التخاصم ينجرّ الى اختلال النظام، و هو مبغوض للشارع، و غرضه رفعه بأىّ نحو كان، فاعتبار شىء فى ذلك الباب لا يلازم الاعتبار فى غيره، كما انّ اليمين مع اعتبارها فى فصل الخصومة لا تكون معتبرة فى غيره.

الثالث الروايات الواردة فى هذا الباب،

و عمدتها رواية «۱» مسعدة بن صدقة عن ابى عبد اللّه (عليه السلام) قال: سمعته يقول: كل شىء هو لك حلال حتى تعلم انه حرام بعينه فتدعه من قبل نفسك، و ذلك مثل الثوب يكون عليك قد اشتريته و هو سرقة، و المملوك عندك، و لعلّه حرّ قد

---

(۱) الوسائل ۱۲: ۶۰ ب ۴ من أبواب ما يكتسب به ح ۴.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۴۶۳

باع نفسه، أو خدع فبيع قهراً، أو امرأة تحتك و هى أختك أو رضيعتك، و الأشياء كلها على هذا حتى يستبين لك غير ذلك أو تقوم به البيّنة.

و الكلام فى هذه الرّواية تارة من حيث السند و أخرى من جهة الدّلالة:

امّا من الجهة الأولى، فقد عبّر عنها الشيخ «۱» الأعظم الأنصارى (قده) بالموثقة، و لعلّ هذا الاتصاف مشهور بينهم، مع انه لم يوثّق مسعدة راوى الحديث فى شىء من الكتب الرّجالية القديمة التى هى الأساس لسائر الكتب، بل المحكى عن العلامة و المجلسى و غيرهما تضعيفه، و غاية ما ذكر فى مدحه ان رواياته غير مضطربة المتن، و إن مضامينها موجودة فى سائر الموثقات.

هذا و لكن توثيق الشيخ الأعظم بضميمة وقوع الرجل فى سند بعض الروايات الواقعة فى كامل الزيارات لابن قولويه مع تصريح مؤلّفه فى ديباجته بأنه لم يرد فى ذلك الكتاب الّا الاخبار التى رواها الثقات من الأصحاب، و لا تكون متصفة بالشذوذ، يكفى فى جواز الاعتماد عليها و إن كان الرجل عاميّاً.

و أمّا من الجهة الثانية، فتقريب دلالتها انه (ع) بعد الحكم بثبوت الحلية الظاهرية للأشياء التى شك فى حليتها و حرمتها، و إيراد أمثلة لذلك، حكم بأن الأشياء كلها محكومة بالحلية، إلا مع استبانة الحرمة و العلم بها أو قيام البينة و شهادة العدلين عليها، فيستفاد منها اعتبار البيّنة فى موارد الشك فى الحلية و الحرمة، و بضميمة انه لا فرق بين الشبهات الموضوعية فى

---

(۱) فرائد الأصول ۲: ۷۳۴.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۴۶۴

باب الحلية و الحرمة، و بينها فى غير ذلك الباب، كموارد الطهارة و النجاسة، و لم يقل أحد بالفصل، يتم المطلوب و هى حجية البيّنة فى جميع الموارد.

و قد استشكل فيها بوجهين:

أولهما و هو العمدة: ان الرواية ظاهرة بل صريحة فى ان الحكم بالحلية فى الموارد المذكورة فيها مستند إلى أصالة الحلية، التى يدل عليها قوله (ع) فى صدر الرواية: «كل شىء هو لك حلال حتى تعلم انه حرام بعينه» و إن تلك الموارد من أمثلة القاعدة المذكورة و صغريات هذه الكبرى الكلية، مع ان الحلية فيها لا تستند إلى قاعدة الحلية بوجه؛ ضرورة ان الحلية فى مثال الثوب مستندة الى اليد التى هى امارة على الملكية عند العقلاء و فى الشريعة، و فى مثال العبد إلى الإقرار أو اليد أيضاً، و فى مثال المرأة إلى استصحاب عدم تحقق الرضاع، و عدم اتصافها بكونها رضيعة له، و إلى استصحاب عدم الأختيّة بناء على جريانه، و على فرض عدم الجريان كما هو الحق لا يكون هناك حلية أصلًا، بل الثابت هى أصالة الفساد، و عدم ترتب الأثر على النكاح.

و من الواضح استهجان إيراد قاعدة كليّة، ثمّ ذكر أمثلة خارجة عن تلك القاعدة، خصوصاً مع التصريح بالقاعدة ثانياً و تكرارها فى الذيل، كما فى الرواية، و خصوصاً مع كون الحكم فى بعضها على خلاف القاعدة المذكورة.

و الجواب: ان هذا الاشكال و إن كان ممّا لا سبيل الى حلّه، الّا بأن تحمل الموارد المذكورة فيها غير المرتبطة بالقاعدة أصلًا على بيان ذكر النظائر و الأشباه لا المصاديق و الصغريات، الّا انه لا يقدح فى الاستدلال

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۴۶۵

بالرواية على ما هو المقصود فى المقام من حجية البيّنة؛ فإن عدم انطباق القاعدة على الموارد المذكورة لا يستلزم خروج ذيل الرواية الدال على اعتبار البينة و إن قيامها يوجب سقوط أصالة الحلية عن الاعتبار و الحجية و عدم جريانها، فتأمل.

ثانيهما: ان كلمة «البيّنة» لم تثبت لها حقيقة شرعية و لا متشرعيّة، و إنما استعملت فى الكتاب و الاخبار بمعناها اللغوى، و هو ما به البيان و الظّهور، و بعبارة أخرى: هى بمعنى الحجّة، فلا مجال للاستدلال بالرواية على حجيّة البيّنة بالمعنى الاصطلاحى.

و الجواب: ان ظهور «البينة» مع الإطلاق و عدم وجود قرينة على الخلاف فى هذا المعنى الاصطلاحى ممّا لا ينبغى إنكاره، و يدلُّ عليه استعمالها فيه من الصدر الأوّل فى مثل قوله «۱» (ص): «البينة على المدعى و اليمين على من أنكر» و قوله «۲» (ص): «إنما أقضى بينكم بالبيّنات و الإيمان»، و غيرهما من الموارد الكثيرة، و لم يعلم استعمالها فى الكتاب و غيره فى غير هذا المعنى الاصطلاحى من دون قرينة، كما فى التعبير المعروف: «دعوى فلان خالية عن البرهان و البيّنة». نعم قد استعملت فى الكتاب فى خمسة عشر موضعاً منه بمعناها اللغوى و هو الظهور و البيان، لكن مع القرينة، فنرى انه قد عبر فيه عن معجزتى موسى (ع) تارة بالبرهان فى قوله «۳» تعالى فَذانِكَ

---

(۱) المفردات للراغب ۶۷ مادة بين: مستدرك الوسائل ۱۷: ۳۶۸ ب ۳ من أبواب كيفية الحكم ح ۵.

(۲) الوسائل ۱۸: ۱۶۹ ب ۲ من أبواب كيفية الحكم ح ۱.

(۳) سورة القصص: الآية ۲۸.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۴۶۶

بُرْهانانِ مِنْ رَبِّكَ و أخرى بالبينة، فى قوله «۱» تعالى «قَدْ جِئْتُكُمْ بِبَيِّنَةٍ مِنْ رَبِّكُمْ» مع ان توصيف البيّنة بكونها من ناحية الرّب ايضاً يدل على كون المراد هى الحجّة الواضحة.

و يدلّ على كون المراد بالبيّنة فى الموثقة خصوص المعنى الاصطلاحى، انه لو كان المراد بها هو المعنى اللغوى، يلزم ان تكون الاستبانة أيضاً من مصاديق البيّنة، فيكون العطف من قبيل عطف العام على الخاص، و هو خلاف ما هو المتفاهم عرفاً منها، كما لا يخفى.

و دعوى انه يمكن ان يكون المراد بالبيّنة فى النبويّين ايضاً هو المعنى اللغوى لا- شهادة عدلين، مدفوعة مضافاً الى كونه خلاف ما فهمه الأصحاب منهما، و قد عبروا بمثلهما فى كتاب القضاء اقتباساً منه (ص) مع وضوح كون مرادهم هو المعنى الاصطلاحى بأنه لو كان المراد بها هو المعنى اللغوى الذى هو الحجة، لكان المنكر ايضاً واجداً للحجة، خصوصاً لو كان تعريفه: انه من كان قوله موافقاً للأصل أو الظاهر؛ فان المنكر حينئذ يكون واجداً للحجة، فلا يبقى فرق بينه و بين المدعى، و لا وجه لترجيحه عليه بعد اشتراكهما فى ثبوت الحجة لهما، كما هو ظاهر.

فانقدح انه لا- مجال لإنكار كون البينة فى الرّواية بالمعنى الاصطلاحى الذى هو شهادة عدلين، و إن الرواية ظاهرة فى اعتبارها و حجّيتها.

ثمّ ان فى الرواية اشكالًا ثالثاً؛ و هو انه قد جعلت البيّنة فيها غاية للحلّ، فكأنه قال (عليه السلام) «۲»: كل شيء لك حلال حتى تعلم

حرمته

(۱) سورة الأعراف: الآية ۱۰۵.

(۲) الوسائل ۱۲: ۶۰ ب ۴ من أبواب ما يكتسب به ح ۴.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۴۶۷

أو تقوم البيّنة على حرمته، فغاية مدلول الرواية حجية البيّنة لإثبات حكم الحرمة لا إثبات الموضوعات كخمرية هذا المائع و كرّية ذلك الماء و أشباههما، بل لا تدل على حجيّتها لإثبات الاحكام الجزئية، كنجاسة هذا الثوب و ملكية ذلك الشيء لفلان و أمثال ذلك، فالموثقة لا تنطبق على المدعى في باب حجية البيّنة.

و الجواب: انه لا خفاء في كون الموثقة واردة في الشبهات الموضوعيّة؛ فإن الأمثلة المذكورة فيها و إن كانت خارجة عن الصغروية للكبرى المذكورة فيها على ما عرفت، الّا ان التعرض لها و إيرادها و لو بعنوان بيان النظائر و الأشباه، يدلّ على ان المفروض في الرّواية خصوص الشبهة الموضوعية التحريميّة، و عليه فالمراد بالاستبانة المذكورة في الرّواية هو استبانة العنوان المحرم، و كون مورد الشبهة مصداقاً للخمر مثلا لا استبانة الحكم المتحقق في الشبهة الحكمية أيضاً، و قيام البينة صار معطوفاً على الاستبانة بالمعنى المذكور، فلا بد من ان يكون المراد به هي البيّنة القائمة على تشخيص الموضوع و بيان العنوان المحرّم، لا- البينة على الحكم كما هو ظاهر، فالإنصاف تمامية دلالة الرواية على اعتبار البينة في الموضوعات الخارجيّة.

و من الرّوايات: رواية عبد الله بن سليمان المروية في الكافي «۱» و التهذيب عن الصادق (عليه السلام) في الجبن: كل شيء حلال حتى يجيئك شاهدان يشهدان عندك ان فيه ميتة. و الرواية بلحاظ ورودها في الجبن الذي يكون منشأ الشك في حليّته وجود الميتة فيه، و بعبارة اخرى كون الشبهة موضوعية، و بلحاظ قوله (ع): انّ فيه ميتة، ظاهرة في انّ مجيء

(۱) الكافي ۶: ۳۳۹ ح ۲.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۴۶۸

شاهدين يشهدان بذلك حجة شرعية على ثبوت موضوع الحرمة و وجود الميتة فيه، و الرّواية دالة على قاعدة كلية، و ذكر الميتة بلحاظ ورودها في الجبن، و إلا- فمن الواضح انه لا- خصوصية للجبن و الميتة، و الّا لا مجال للتعبير بقوله: كل شيء حلال، فإلقاء الضابطة الكلية ناظر إلى انه لا خصوصية للجبن، و معها لا يبقى مجال لخصوصية الميتة من بين المحرمات؛ لان التعرض لها انّما هو لارتباطها بالجبن كما هو واضح، كما ان حصر الغاية في البينة ليس في مقابل العلم الذي هو حجة ذاتيّة، بل انّما هو لإفادة كون البيّنة قائمة شرعاً مقام العلم، و قد عرفت انّ عدم الفصل في الشبهات الموضوعية بين التحريمية و غيرها من سائر الشبهات، يوجب تمامية دلالة الرواية على اعتبار البينة في الموضوعات مطلقاً، فلا يتوهم اختصاص الرواية بالشبهات الموضوعية التحريمية.

و منها: الرّوايات المتعددة الواردة في رؤية الهلال الدالة على ثبوتها بشهادة عدلين بها، مثل صحيحة «۱» الحلبي عن ابي عبد اللّه (عليه السلام) ان عليّاً (ع) كان يقول: لا أجيز في رؤية الهلال إلّا شهادة رجلين عدلين «۲». و صحيحة «۳» منصور بن حازم عن ابي عبد اللّه (عليه السلام) ايضاً قال: صم لرؤية الهلال و أفطر لرؤيته، فإن شهد عندكم شاهدان مرضيّان بأنهما رأياه فاقضه. و غيرهما من الروايات الواردة في هذا المجال.

و تقريب الاستدلال بها ان يقال: انّه (ع) بصدد انه لا يثبت الهلال

(۱) الوسائل ۷: ۲۰۷ ب ۱۱ من أحكام شهر رمضان ح ۱.

(۲) الوسائل كتاب الصوم، أبواب أحكام شهر رمضان، الباب الحادى عشر.

(۳) الوسائل ۷: ۲۰۸ ب ۱۱ من أحكام شهر رمضان ح ۴.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۴۶۹

الّا بالرؤية و العلم، أو بما هو بمنزلة العلم فى إثبات ما قام عليه، فكأنه (ع) جعل أمارية البيّنة و كونها بمنزلة العلم امراً مفروغاً عنه و من المسلمات، و يؤيده انه فى الصدر علّق الحكم بوجوب الصّوم و الإفطار على الرؤية التى هى المشاهدة، ثمّ فرّع عليه مسألة الشهادة و البيّنة، و لو لا قيام البيّنة مقام العلم و كونه بمنزلته لا يكاد يتمّ التفريع، كما لا يخفى.

هذا و لكن مقتضى ما ذكر: كون قيام البينة مقام العلم و اعتبارها و حجيّتها مفروغاً عنه فى مسألة الرؤية، و أمّا كونها معتبرة فى جميع الموارد و الشبهات فلا دلالة للروايات عليه.

و منها: الروايات المتعدّدة ايضاً الواردة فى لزوم تصديق المسلم إذا شهد، و قبول شهادة المؤمن، مثل قوله «۱» (ع): إذا شهد عندك المسلمون فصدّقهم. و قوله (ع): إذا شهد عندكم المؤمنون فاقبلوا، و غيرهما من الروايات الواردة بهذا المضمون.

و لكن الظاهر انه لا دليل على كون المراد بالشهادة فى مثل الروايتين هى شهادة المتعدد من المسلم أو المؤمن، بل يحتمل قويّا ان يكون المراد لزوم قبول قولهم و إن لم يكن متعدّداً، بل و إن لم يكن عادلًا، فلا دلالة لها على اعتبار البيّنة المتقومة بالتعدد و العدالة، الّا ان يتحقق السّلوك من طريق الأولوية، و هى و إن كانت متحققة الا انّها تجدى فيما إذا كان الأصل مورداً للقبول، مع ان لزوم التصديق بالنحو المذكور الذى هو مفاد الروايتين مما لم يقل به أحد. هذا و قد احتمل فى الروايتين ان يكون المراد

---

(۱) الوسائل ۱۳: ۲۳۰ ب ۶ من أحكام الوديعة ح ۱.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۴۷۰

منهما ما هو المراد من قوله «۱» تعالى يُؤْمِنُ بِاللّٰهِ وَ يُؤْمِنُ لِلْمُؤْمِنِينَ من ان المراد هو القبول الصورى و عدم تكذيبهم، لا ترتيب الآثار الواقعية على مجرد اخبارهم و إن كان بضرر غيرهم.

الرّابع الكتاب،

و قد وقع التعرض فيه لشهادة العدلين فى موارد، ففى مورد الدين قوله «۲» تعالى وَ اسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجٰالِكُمْ»، و فى مورد الوصيّة، قوله «۳» تعالى شَهٰادَةُ بَيْنِكُمْ إِذٰا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنٰانِ ذَوٰا عَدْلٍ مِنْكُمْ، و فى مورد جزاء الصيد فى حال الإحرام، و حكم رجلين عدلين و شهادتهما بالمثلية للصيد «يَحْكُمُ بِهِ ذَوٰا عَدْلٍ مِنْكُمْ» «۴»، و فى مورد الطلاق «وَ أَشْهِدُوا ذَوَىْ عَدْلٍ مِنْكُمْ» «۵».

و المستفاد منها بعد دلالتها على اعتبار البينة فى الموارد المذكورة؛ ضرورة أن الاستشهاد انّما هو لغرض الشهادة، فلو لم تكن الشهادة حجة معتبرة لما كان وجه للاستشهاد، فلزوم إشهاد عدلين عند الطلاق لا ينفك عن اعتبار شهادتهما به بعداً ان البينة حجة شرعية قائمة مقام العلم فى جميع الموارد و الموضوعات، من دون ان تكون خصوصية للموارد المذكورة، هذا و قد ورد فى الكتاب ايضاً آيات دالة على وجوب تحمل الشهادة و وجوب أدائها و حرمة كتمانها، كقوله تعالى وَ أَقِيمُوا الشَّهٰادَةَ

---

(۱) سورة التوبة: الآية ۶۱.

(۲) سورة البقرة: الآية ۲۸۱.

(۳) سورة المائدة: الآية ۱۰۵.

(۴) سورة المائدة آية ۹۴.

(۵) سورة الطلاق آية ۲.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۴۷۱

لِلّهِ «۱» و قوله تعـالی وَ لا يَأْبَ الشُّهَداءُ إِذا ما دُعُوا «۲»، و قـوله تعـالی وَ مَنْ يَكْتُمْها فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ «۳»، و ظاهرها بمقتضـی الدلالة الالتزاميـة الحجيـة و الاعتبـار كما عرفت، لانه لا معنی للزوم التحمل و الأداء و حرمـة الكتمان مع عـدم وجوب التصـديق و عـدم لزوم القبول و ترتيب الأثر.

و بالجملة لا يبقی لمن أمعن النظر فی موارد قبول شـهادة العدلين ارتياب فی انه لا خصوصـية لتلك الموارد، بل حجيّتها انّما هی بنحو العموم و الشمول لجميع الموضوعات الّا ما خرج بالدليل، مثل الزنا و اللواط و غيرهما.

الخامس سيرة العقلاء من جميع الملل و إن لم يكونوا متشرّعين بشريعة أصلًا؛

فإنّهم يرون شهادة شخصين موثقين طريقاً مثبتاً الی الموضوعات التی تترتب عليها الأحكام العرفية و الآثار العقلائيّة.

و يرد عليه: عـدم انطباق هـذا الـدليل علی المـدّعی؛ فان المـدّعی كما عرفت يعتبر فيه التعـدّد و العدالـة، فإنه المراد من البيّنـة بالمعنی الاصـطلاحی، و الدليل و هی سيرة العقلاء انّما يكون موردها مطلق الشهادة و لو لم يكن من الشخصين، كما انه لا يعتبر فيه العدالة بل يكفی مجرد الوثاقة، و سيأتی ان السيرة بهذا العرض الوسيع مردوع عنها فی الشريعة، الّا ان يقال: انّ الرّدع انما هو بالنسبة إلی قسم من مورد جريان السيرة، و أمّا بالنسبة الی ما كان مشتملًا علی التعدّد و العدالة فلم يتحقق الردع، بل إنْ

---

(۱) سورة الطلاق آية ۲.

(۲) سورة البقرة آية ۲۸۱.

(۳) سورة البقرة آية ۲۸۲.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۴۷۲

الأخبار الكثيرة المتقدمة بمنزلة الإمضاء له كما لا يخفی.

السادس ان الموضوعات لا ريب فی كون أكثرها خفية علی أكثر الناس،

بمعنی ان كـل صـنف من النـاس و إن كان لهم القـدرة علی مغرقـة صـنف من الموضوعات، لكن الغالب لا بصـيرة له فی الغالب، فلو كانت الأحكام معلقـة علی العلم بالموضوعات، لزم تعطيل الاحكام غالباً و لزم الهرج و المرج، فلا بدّ من كون شـیء معتبراً فی الشـرع فی الموضوعات غير العلم مما يوجب الوثوق بها، و لا قائل بما هو أزيـد من البينـة من شـهادة ثلاثـة أو أربعة أو خمسة أو نحو ذلك، نعم فی حجية شهادة العدل الواحد كلام يأتی البحث عنه إن شاء اللّه تعالی.

السّابع لو دار ثبوت الموضوعات المترتبة عليها الاحكام فی الشريعة مدار حصول العلم لكل أحد،

لزم العسـر و الحرج الشديـد المنفی بالنص و الإجماع، فكذا المقدم، فتثبت حجية البينة بعدم القول بالفصل؛ لان كل من اعتبر ما سوی العلم فقد اعتبر البيّنة.

و هنـا وجوه أخری مـذكورة لإثبات حجيـة البينـة فی الموضوعات، و لكن ملاحظـة ما ذكرنا من الأدلـة و إن كان بعضـها لا يخلو من المناقشـة و النظر، لا يبقی مجالًا للارتياب فی الحجية المذكورة، فلا وجه لما نسب إلی القاضـی عبد العزيز البرّاج من عدم حجية البيّنة

فی إثبات النجاسة، و لا لما نسب الی ظاهر السیّد فی الذریعة و المحقق فی المعارج و المحقق الثانی فی الجعفریّة و بعض آخر من عدم ثبوت الاجتهاد بشهادة عدلین؛ لعدم الدلیل علیه.

و إن کان یمکن ان یکون الوجه فی الأخیر هو عدم کون الاجتهاد

القواعد الفقهیة (للفاضل)، ص: ۴۷۳

من الأمور المحسوسة، و حجیة البیّنة مقصودة علی الأمور المحسوسة، کما انه یمکن ان یکون الوجه فی الأوّل هو کون النجاسة امراً مسبّباً غیر محسوس، و البینة لا بد و إن تکون فی مورد أمر محسوس، و سیأتی البحث عن ذلک فی بعض المقامات الآتیة إن شاء اللّه تعالی.

المقام الثانی- فی مورد حجیّة البینة و سعة دائرتها و ضیقها

فنقول: لا ریب فی انّ الموضوع الذی تکون البیّنة حجة بالنسبة إلیه لا بد و إن یکون مترتّباً علیه أثر شرعی، حتی یکون اعتبارها لأجل ترتب ذلک الأثر علیه، فکما انه یعتبر فی جریان الاستصحاب فی الموضوعات الخارجیة ترتب الأثر الشرعی علیها، فکذلک یعتبر فی حجیة البینة ذلک، فلو کان هناک موضوع لم یترتب علیه حکم فی الشریعة، فلا مجال لاحتمال حجیة البینة فیه أصلًا، و هذا مما لا شبهة فیه، کما انه لا- شبهة فی انه إذا کان موضوع الأثر امراً محسوساً کالماء و الخل و الخمر و الکلب و الخنزیر و أشباهها فإنه لا شک فی حجیة البینة فیه، بعد القول باعتبار البیّنة فی تمام الموارد من غیر اختصاص بموارد خاصّة.

و أمّا إذا لم یکن موضوع الأثر امراً محسوساً، فتارة تکون له آثار محسوسة بحیث یکون بینها و بین ذلک المشهود به ملازمة عرفیّة، أو یکون لها أسباب مخصوصة محسوسة، و أخری لا- یکون کذلک، بمعنی انه لا- یکون له اثر محسوس و لا- سبب مخصوص محسوس أیضاً.

فإن کان من قبیل الأوّل کالعدالة و الاجتهاد و الأعلمیّة و نحوها فی الصّورة الأولی منه، و النجاسة و الزوجیة و الطلاق فی الصورة الثّانیة منه، فالظّاهر حجیّة البیّنة فیه أیضاً؛ لأنه و إن کانت کلمة «الشهادة» ظاهرة فی

القواعد الفقهیة (للفاضل)، ص: ۴۷۴

الحضور و الاخبار عن العین و العلم بإحدی الحواسّ الخمس، و کذلک کلمة «البینة» ظاهرة فی ما کان ظاهراً مشهوداً، لأنه صفة مشبهة من بان بمعنی ظهر، و مذکرها بیّن، الّا انه إذا کان الموضوع الذی قامت علیه البیّنة له اثر محسوس کالأمثلة المذکورة، فحیث یکون بینه و بین أثره المحسوس ملازمة عرفیة ففی الحقیقة یکون کأنّ المشهود به امراً محسوساً، و کذلک إذا کان له سبب محسوس کالأمثلة الأخری المذکورة أیضاً، مضافاً الی ان الشهادة بالمسبب شهادة بالسبب، بعد عدم انحصار دائرة الحجیة فی الأمارات بخصوص المدلول المطابقی منها، بل تسع دائرة الحجیّة اللوازم و الملزومات و الملازمات ایضاً.

و إن کان من قبیل الثانی، فالظاهر انه لا دلیل علی حجیة البیّنة فیه، لا من الآیات و الروایات و لا من السیرة و الإجماع و غیرهما، أمّا الأولی فلأنه مضافاً الی ان لفظ الشهادة الوارد فی کثیر منهما لا- ینطبق علیه؛ لأنّک عرفت انه من الشهود بمعنی الحضور فی هذا الفرض لا- معنی لتحقق الحضور بعد عدم خلو المشهود به من کونه محسوساً أو ثبوت اثر محسوس أو سبب محسوس له کما هو المفروض، و أمّا الثانیة؛ فلان القدر المتیقن من مثل السیرة و الإجماع غیر هذا الفرض، فلا دلیل علی الحجیّة، و من المعلوم افتقارها الی الدلیل علی ثبوتها.

قاعدة القرعة

اشارة

و هی ایضاً من القواعـد الفقهیهٔ المشـهورهٔ التی تترتب علیها ثمرات کثیرهٔ، و قد وقع الاشـکال و الخلاف فی سعهٔ دائرتها و ضـیقها، و منشؤه الاشکال فیما یستفاد من الأدلهٔ الواردهٔ فیها، و تحقیق البحث فی هذه القاعدهٔ یستدعی التکلم فی مقامات:

المقام الأوّل- فی مدرکها و مستندها،

و هو أمور،

قاعدهٔ حرمهٔ الإعانهٔ علی الإثم

اشارهٔ

و هی ایضاً من القواعـد الفقهیـهٔ التی یتمسک بها الفقهاء (رض) فی جملـهٔ من الفروع الفقهیـهٔ، و یسـتدل بها فی مثل مسألهٔ بیع العنب ممّن یعلم انه یجعله خمراً، و الخشب ممن یعلم انه یجعله صـنماً، و المـوارد الکـثیرهٔ الأـخری، و تحقیق الحـال فیهـا یقتضـی التکلم فی جهات:

الجههٔ الأولی- مدرکها و مستندها،

و هو أمور:

قاعدهٔ حجیّهٔ البیّنهٔ

اشارهٔ

و هی من القواعد الفقهیهٔ المعروفهٔ و المبتلی بها فی کثیر من أبواب الفقه، و الکلام فیها یقع فی مقامات:

المقام الأوّل- فی ما یدل أو یستدلّ به علی اعتبار البیّنهٔ،

و هو أمور:

المقام الثالث کما انه یعتبر فی مفهوم البیّنهٔ و معناها بحسب الاصطلاح التعدد و العدالهٔ،

فهل یعتبر فیه الرّجولیّهٔ أیضاً، فلا یطلق عنوانها علی شـهادهٔ النساء أصـلًا، و لو مع العدالهٔ و التعدد البالغ أربع نساء، و علیه فیحتاج إثبات حجیهٔ شهادهٔ النساء إلی أدلهٔ أخری غیر ما ذکرنا،

القواعد الفقهیهٔ (للفاضل)، ص: ۴۷۵

أو لا یعتبر فیه الرجولیـهٔ بل شـهادهٔ أربع نساء بینـهٔ یشـملها ما یـدل علی اعتبار البیّنـهٔ؟ فالثمرهٔ تظهر فیما إذا لم یکن هناک دلیل خاص علی أحـد الطرفین من الاعتبـار و عـدمه، و بعبـارهٔ اخری: لا شـبههٔ فی اعتبار شـهادهٔ النساء منفردات فی بعض الموارد و منضـمات الی الرجال فی بعض موارد أخری، و قد وقع التعرض فی کتاب الشـهادات للموردین، کما انه لا شـبههٔ فی عدم اعتبارها فی بعض الموارد لا منفردات و لا منضـمّات، کثبوت الهلال و الطلاق و غیرهما من الموارد، إنما الإشـکال فی موارد الخلو من الـدلیل الخاص، فان قلنا بعموم لفـظ البیّنـهٔ، فمقتضـی أدلـهٔ حجیّتهـا حجیّتهـا ایضـاً، و إن قلنـا بالعـدم، فلاـ دلیـل علی اعتبارهـا مطلقاً، و الظاهر انه لا سبیل الی

استكشاف أحد الطرفين، و إن كان ربما يدعى ان المتبادر من لفظ البينة فى عرف المتشرعة هى الشهادة المقرونة بالتعدّد، من دون فرق بين الرجل و المرأة، كما انه ربما يدعى الانصراف الى خصوص الرّجل، و يؤيد الأوّل عطف الرجل و المرأتين على الرجلين، و إطلاق اسم الشاهد عليهما فى مثل قوله «۱» تعالى فى آية الدّين المفصّلة «وَ اسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَ امْرَأَتانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَداءِ»، الّا انه مع ذلك لا سبيل الى تعيين أحد الاحتمالين، و مع الترديد لا دليل على اعتبار البيّنة مع عدم الرّجولية، نعم ربما يستشهد لعموم حجية شهادة النساء الّا ما خرج بالدليل برواية «۲» عبد الكريم بن ابى يعفور عن الباقر (ع) قال: تقبل شهادة المرأة و النسوة إذا كنّ مستورات من أهل البيوتات، معروفات

---

(۱) سورة البقرة: الآية ۲۸۲.

(۲) الوسائل ۱۸: ۲۹۴ ب ۴۱ من أبواب الشهادات ح ۲۰.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۴۷۶

بالستر و العفاف، مطيعات للأزواج، تاركات للبذاء و التبرج الى الرجال فى أنديتهم «۱».

و لكن الظاهر ان الرواية فى مقام بيان شروط قبول شهادة المرأة لا فى مقام بيان انّه فى أيّ مورد تقبل شهادتهن حتى يؤخذ بإطلاقها، و بعبارة أخرى: هى ناظرة إلى العدالة المعتبرة فى الشاهد بالنسبة إلى المرأة لا الى الخصوصيات الأخرى كما لا يخفى.

المقام الرابع هل اعتبار البيّنة يختص بمن تقوم عنده البيّنة

أو لا يختص به بل يشمل من لم، تقم عنده أيضاً، إذا أحرز قيامها عند غيره و شهادتهما عند الغير بما له اثر لمن لم تقم عنده؟ فاذا علم بشهادة عدلين برؤية الهلال عند عالم فلانى مثلًا يترتب عليها أثر الرؤية بالنسبة إليه أيضاً، و إن لم تقم البينة عنده بخلاف الاحتمال الأوّل، فى المسألة وجهان، و الظاهر هو الوجه الثانى؛ فإن مقتضى عموم أدلة حجية البينة من الآيات و الروايات و السيرة بناء العقلاء على عدم الاختصاص، و انّ المناط فى الاعتبار مجرّد قيام البيّنة و شهادتها بالموضوع المشهود به، و لا فرق فى ذلك بين من قامت عنده البينة، و بين غيره، غاية الأمر لزوم إحراز القيام و تحقق الشهادة، امّا بالعلم، و أمّا بقيام البينة على ذلك ايضاً، كما لا يخفى.

تكملة:

و هى انه هل خبر الواحد العادل كما انه حجة فى باب الروايات التى تحكى الأحكام عن الامام (عليه السلام) حجة فى تشخيص الموضوعات و تبيينها أم لا؟ ذهب جماعة إلى الأوّل، و استدلّوا عليه بأمرين

---

(۱) الوسائل كتاب الشهادات، أبواب ما يعتبر فى الشهاد من العدالة، باب ۴۱.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۴۷۷

الأوّل استمرار السيرة العقلائية و جريانها على الاعتماد عليه فى الموضوعات الخارجية، و لم يتحقق ردع ردع فى الشريعة، فلا محيص عن الالتزام بالحجية كما فى الأحكام العملية الفرعيّة، امّا جريان السيرة فى ذلك فممّا لا ريب فيه، و أمّا عدم الرّدع فلان ما يتخيل ان يكون رادعاً هو موثقة «۱» مسعدة بن صدقة المتقدمة؛ نظراً الى انّ ذيلها و هو قوله (ع): «و الأشياء كلّها على هذا حتى يستبين لك غير ذلك أو تقوم به البيّنة» يدلّ على حصر المثبت بالاستبانة و قيام البيّنة، فلو كان خبر الواحد ايضاً مثبتاً، لما كان وجه للحصر، و لكان اللازم ذكره مع البيّنة كما هو ظاهر.

و أجيب عنه أوّلًا: بمنع كون الموثقة بصدد الحصر؛ لوضوح عدم اختصاص المثبت بالأمرين المذكورين فى الرواية؛ لأن الاستصحاب

و الإقرار و حكم الحاكم و أشباهها ايضاً مثبتات للتحريم فى مواردها، فلو كانت بصدد الحصر يستلزم ذلك تخصيص الأكثر المستهجن.

و ثانياً: بأن البينة فى الموثقة بمعنى الحجة و ما به البيان، و لا بد من تشخيص الصغرى من الخارج، و لا دلالة لها على انّ ما به البيان ما ذا، فاذا أقمنا الدليل على اعتبار الخبر فى الموضوعات الخارجية، استكشفنا بذلك انه ايضاً كالبينة المصطلحة مصداق للكبرى و من افراد الحجة.

و ثالثاً: بان عدم ذكر الخبر فى قبال العلم و البيّنة، انما هو من جهة خصوصية فى موردها، و هى ان الحلية فى مفروضها كانت مستندة الى قاعدة اليد فى مسألة الثوب، و من الواضح عدم اعتبار خبر الواحد مع وجود اليد، فكأنه (ع) كان بصدد بيان ما يعتبر فى جميع الموارد على

---

(۱) الوسائل ۱۲: ۶۰ ب ۴ من أبواب ما يكتسب به ح ۴.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۴۷۸

الإطلاق.

و الجواب عن هذا الدليل مضافاً الى ما ذكرنا فى بيان المراد من الموثقة من عدم كون المراد بالبينة فيها غير البينة المصطلحة ان رادعيّة الموثقة لا تتوقف على دلالة ذيلها على الحصر؛ فان نفس دلالتها على اعتبار البيّنة مرجعها الى عدم اعتبار خبر الواحد العادل فضلًا عن الثقة المجرّدة، فإن البيّنة إنما تغاير خبر الثقة فى أمرين: أحدهما التعدد و الآخر العدالة، و مع اشتمالها على هذه المزية و النسبة من جهة الكمية و الكيفية، لو كان خبر الواحد الثقة مثل البينة معتبراً فى الموضوعات الخارجيّة، لكان ذكر البينة و الحكم عليها بالاعتبار خصوصاً فى مقام إلقاء القاعدة الكلية و إفادة حكم كلّى لغواً، لا يترتب عليه الّا إيهام الخلاف، فذكر البينة فى هذا المقام من أقوى الشواهد على دخالتها فى الحكم بالاعتبار، و عدم كون ما ينقص عنها من احدى الجهتين مشتركاً معها فى الحجيّة، خصوصاً مع ملاحظة ان شهادة الشخصين لا تقع فى الخارج نوعاً الّا تدريجاً، بمعنى وقوع احدى الشهادتين متأخرة عن الأخرى، و عليه فلو كانت الشهادة الأولى كافية فى مقام ترتيب الأثر و ثبوت الحكم، لكانت الشهادة الثانية لغواً، و كالحجر فى جنب الإنسان، و من قبيل تحصيل الحاصل.

و بالجملة لو لم يكن خبر الواحد الثقة متسانخاً مع البينة أصلًا، بل كان كالاستصحاب و الإقرار و حكم الحاكم، لم يكن اعتبار البينة فى الموثقة دالّاً على عدم اعتباره من جهة عدم إفادتها للحصر لما ذكر، و أمّا مع وجود التسانخ و ثبوت الاختلاف من جهة الكمية فقط، فلا مناص عن الالتزام بان اعتبارها يدل على مدخلية الكيفية و الكمية فى الحكم به، و هو

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۴۷۹

يدل على عدم اعتبار الناقص من كلتا الجهتين أو من إحداهما، و من الواضح انه لا- يكون من قبيل مفهوم اللّقب، و عليه فرادعية الموثقة لا تتوقف على دلالتها على الحصر بوجه، بل نفس دلالتها على حجية البينة تصلح رادعة عن السيرة العقلائيّة و مانعة عن إعمالها فى الشريعة المطهّرة.

ثمّ ان استناد الحليّة فى مسألة الثوب إلى قاعدة اليد التى لا يكون خبر الواحد معتبراً معها، لا يصلح للإغماض عن ذكر خبر الواحد فى مقام افادة القاعدة الكلية و إلقاء الضابطة العامّة، خصوصاً مع ملاحظة ما تقدم من الاشكال على الرواية من عدم استناد الحليّة فى شيء من الأمثلة المذكورة فيها الى نفس القاعدة الكلية، التى هى محطّ نظر الرواية و الغرض الأصلى لها، كما لا يخفى.

و قد انقدح مما ذكرنا كفاية الموثقة فى مقام الرّدع عن السيرة، و عليه فالموارد التى قام الدليل فيها على حجيّة خبر الواحد الثقة لا يمكن ان يتعدى منها الى غيرها من الموضوعات الخارجيّة، و تلك الموارد مثل الاخبار بدخول الوقت و الاخبار بعزل الوكيل و اخبار

البائع باستبراء الأمة أو بوزن المبيع الموزون أو بكيل المبيع المكيل و أشباهها.

الثانى الروايات المتعددة التى:

منها: حسنة حريز أو صحيحته «۱» المروية فى الكافى، و فيها انّه بعد أن وبّخ الصادق (عليه السلام) ابنه إسماعيل لدفعه دنانير الى رجل شارب الخمر بضاعة ليتاجر بها و يعطى مقداراً من النفع لإسماعيل، فأتلف ذلك الرّجل النقود، قال (ع) له: لم فعلت ذلك و لا أجر لك؟ فقال إسماعيل: يا

(۱) الوسائل ۱۳: ۲۳۰ ب ۶ من أحكام الوديعة ح ۱.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۴۸۰

أبت انى لم أره يشرب الخمر، انى سمعت الناس يقولون، فقال: يا بنىّ ان اللّه (عزّ و جلّ) يقول فى كتابه «۱» «يُؤْمِنُ بِاللّهِ وَ يُؤْمِنُ لِلْمُؤْمِنِينَ» يقول يصدّق اللّه و يصدق المؤمنين، فإذا شهد عندك المؤمنون فصدّقهم.

بتقريب ان ذيل الرواية يدل على مطلوبية تصديق شهادة المؤمنين و ترتيب الأثر على اخبارهم، و من المعلوم انه ليس المراد هو التصديق فيما إذا شهد جميع المؤمنين كما هو مقتضى الجمع المعرف باللّام بل المراد هو تصديق شهادة كلّ مؤمن، فالمؤمن بما أنه مؤمن إذا شهد بشىء يرتب الأثر على شهادته، و هو معنى وجوب قبول خبر الواحد العادل أو الثقة.

و فيه: أوّلًا ان النسبة بين الرواية و بين المدعى عموم و خصوص مطلق، أو من وجه؛ لان المدّعى اعتبار خبر العادل أو الثقة، و الرواية دالّة على اعتبار خبر المؤمن، و النسبة بين العنوانين ما ذكر من العموم المطلق أو من وجه، فلا ينطبق الدليل على المدّعى.

و ثانياً: انه ليس المراد من وجوب التصديق فى الرواية وجوب ترتيب الأثر على المخبر به بنحو يكون إخباره بمنزلة العلم المتعلق به فيرتب اثر شرب الخمر فى مورد الرواية، بل المراد هو التحذّر ممّا أخبر به، مع احتمال ان يكون على تقدير الصدق فيه ضرر عليه، كما يدل عليه التأمل فى الرواية و فى الاستشهاد بالآية، فتدبّر.

و ثالثاً: انه لو فرض دلالة الرواية على ذلك، تقع المعارضة بينها و بين موثقة مسعدة المتقدمة، فينبغى تقييد إطلاقها بها، و الحكم بالاعتبار مع التعدد و العدالة.

(۱) السورة التوبة: الآية ۶۱.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۴۸۱

و منها: مضمرة «۱» سماعة قال: سألته عن رجل تزوج جارية أو تمتع بها، فحدثه رجل ثقة أو غير ثقة، فقال: ان هذه امرأتى و ليس لى بينة، فقال: ان كان ثقة فلا يقربها، و إن كان غير ثقة فلا يقبل منه.

و فيه أوّلًا: انها معارضة ببعض الروايات الأخرى التى أفتى المشهور على طبقها، مثل رواية «۲» يونس قال: سألته عن رجل تزوج امرأة فى بلد من البلدان، فسألها أ لك زوج؟ فقالت: لا. فتزوجها، ثمّ ان رجلًا أتاه فقال: هى امرأتى، فأنكرت المرأة ذلك، ما يلزم الزوج؟ قال: هى امرأته الّا ان يقيم البيّنة.

و ثانياً: اعتبار خبر الثقة فى مورد المضمرة لا دلالة فيه على اعتباره فى جميع الموضوعات الخارجية الذى هو المدعى فى المقام، و من المحتمل ان يكون الوجه فى اعتباره فيه هى شدة حسن الاحتياط فى الفروج، و قد مرّ انه قام الدليل على الاعتبار فى موارد متعددة، لكن البحث فى جواز التعدى عن تلك الموارد، و لم يقم دليل الى الحال على عمومية الاعتبار و عدم الاختصاص بتلك الموارد.

خاتمة فى بيان أمرين:

أحدهما انّه ذكر فى «المستمسک» «۳» انه يثبت الاجتهاد بخبر الثقة،

مستدلًا بعموم ما دلّ على حجيّته فى الأحكام الكلّية؛ إذ المراد منه ما يؤدّى الى الحكم الكلّى، سواء كان بمدلوله المطابقى أم الالتزامى، و المقام من الثانى فإن مدلول الخبر المطابقى هو وجود الاجتهاد، و من هذه الجهة يكون

---

(۱) الوسائل ۱۴: ۲۲۶ ب ۲۳ من أبواب عقد النكاح و أولياء العقد ح ۲.

(۲) الوسائل ۱۴: ۲۲۶ ب ۲۳ من أبواب عقد النكاح و أولياء العقد ح ۳.

(۳) المستمسک ۱: ۳۸.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۴۸۲

اخباراً عن الموضوع، لكن مدلوله الالتزامى هو ثبوت الحكم الواقعى الكلى الذى يؤدّى إليه نظر المجتهد، ثمّ قال:

«فان قلت: أدلة حجية خبر الثقة مختصة بالاخبار عن حسّ، و لا تشمل الاخبار عن حدس، و لذا لا تكون تلك الأدلّة دالة على حجيّة فتوى المجتهد مع أنّها اخبار عن الحكم الكلّى الا ان مستنده الحدس.

قلت: الاخبار عن الاجتهاد من قبيل الاخبار عن الحسّ، نعم المدلول الالتزامى و هو الحكم الكلى انما كان بتوسط الحدس، لكن هذا المقدار لا يقدح فى الحجيّة؛ لأنّ الحس انما يعتبر فى المدلول المطابقى لا فى الملازمة التى يتوقف عليها ثبوت المدلول الالتزامى؛ و إلا فأخبار زرارة عن قول الامام (ع) الذى هو اخبار عن موضوع، يكون اخباراً عن الحكم الكلى، و يكون حجة على المجتهد، و ربما يكون بتوسط حدس المجتهد الذى هو حجة عليه ايضاً.

و بالجملة: الاخبار عن الاجتهاد كالاخبار عن قول الامام (ع)، و دلالتها على الحكم بالالتزام انما يكون بتوسط الحدس، غاية الأمر ان الحدس فى الثانى من المجتهد و حجة عليه، و الحدس فى الأوّل من المجتهد و حجة على العامى المقلّد له، و على هذا المبنى يكفى توثيق رجال السّند بخبر الثقة، و كذا فى إثبات المعنى باخبار اللغوى الثقة».

و يرد عليه مضافاً الى ان أدلة حجية خبر الواحد لا- دلالة لها على حجية الخبر فى خصوص الأحكام الكلّية، حتى تصل النوبة إلى البحث عن ان اخبار الثقة بالاجتهاد هل يكون مشمولًا لعمومها أم لا؟ فانّ عمدتها هى السيرة العقلائية الجارية على العمل بخبر الثقة، و من الواضح

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۴۸۳

كما عرفت انه لا فرق فى جريان السيرة بين ما إذا كان المخبر به حكماً أو موضوعاً، بل مورد آية النبإ هو الاخبار بالموضوع الخارجى و هو ارتداد بنى المصطلق، و عليه فلا بدّ من البحث فى ثبوت المانع عن شمول الأدلّة لخبر الثقة فى الموضوعات الخارجيّة، لا فى وجود المقتضى للاعتبار و عدمه، و قد عرفت ثبوت المانع، و هى موثقة مسعدة بن صدقة الدالّة على الرّدع و عدم الاكتفاء بالواحد بدلًا عن الاثنين، و بالوثاقة بدلًا عن العدالة.

أوّلًا: ان مجرد الاخبار عن الاجتهاد لا يكون اخباراً عن الحكم الكلّى الإلهى و لو بنحو المدلول الالتزامى؛ فإن الاجتهاد بمجرده الذى يرجع الى ثبوت الملكة و تحقق القدرة لا- يلازم الحكم ما لم يتحقق منه الاستنباط خارجاً، فإنه يمكن ان لا- يتحقق من المجتهد استنباط أصلًا، و إن كانت الملكة موجودة فيه، و عليه فكيف يكون مجرد الاخبار عن الاجتهاد اخباراً عن الحكم الإلهى؟ و كيف يمكن دعوى ثبوت الملازمة و تحقق المدلول الالتزامى، كما هو غير خفيّ.

و ثانياً: يكفى فى الفرق بين الاخبار عن الاجتهاد و اخبار زرارة مثلًا عن قول الامام (ع) ان اخبار زرارة يكون اخباراً عن الحكم و حاكياً له بحيث لا يرى الموضوع الخارجى و هو قول الامام (ع) واسطة أصلًا، و أمّا الاخبار عن الاجتهاد فلا يتجاوز عن المخبر به و لا يعدّ اخباراً عن الحكم بوجه، و كيف يكون اخباراً عن الحكم مع انه ربما لا يكون المخبر عالماً بوجود رسالة لمن يخبر عن اجتهاده

فضلًا عن الأحكام الموجودة فيها، فالإنصاف ان اقامة الدليل على اعتبار خبر الثقة فى الموضوعات الخارجية من هذا الطريق مشكلة، لو لم تكن ممنوعة كما عرفت.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۴۸۴

ثانيهما الظاهر ان حجيّة البيّنة انّما هى بعنوان كونها من الأمارات الشرعيّة؛

لأن اعتبارها عنـد العقلاء انما يكون بهـذا العنوان، و الظاهر ان الشارع قد عاملها معاملة العقلاء، فاعتبارها فى الشـرع ايضاً يكون بعنوان الامارة.

و على هذا فلو وقع التعارض بين البينة و بين الأصول الموضوعيّة، كما إذا كان مقتضـى الاستصـحاب بقاء خمرية المائع المشكوك، و قامت البيّنة على كونه خلّاً، أو كان مقتضـى قاعدة الفراغ بناء على كونها من الأصول البناء على الصّحة مع الشك فى الإتيان بالجزء أو الشـرط أو ترك المـانع أو القاطع، و لكن قامت البيّنـة على الإخلال بما يعتبر وجوده، و على إتيان ما يعتبر عـدمه، و لم يكن هناك ما يدل على الصـحة كذلك، مثل قاعدة: لا تعاد، فى الصـلاة، فمقتضى تقدم الأمارات على الأصول و حكومة الاولى على الثانية كما قد حقق فى الأصول، لزوم الأخذ بالبيّنة و الحكم بالخلّية فى المثال الأوّل، و بالبطلان فى الثانية.

و أمّا لو وقع التعارض بين البيّنـة و بين اليـد، فلا إشـكال فى تقـديمها على اليد؛ لان عمدة تشـريعها فى باب التنازع و التخاصم انّما هو لإبطال التمسك باليـد، فإن العمدة فى تشـخيص المدعى انّما هى لأجل كونه مدّعياً فى مقابل ذى اليد و مريداً لأخذ ما فى يده منه، و صاحب اليـد ينكر و يـدعى كونه مال نفسه، فالأخـذ بالبينة ابتداء لقوله «۱» (ص) البينـة على المـدعى و اليمين على من أنكر، انّمـا هو لأجـل تقـدم البيّنـة على اليـد، و إلا فلو كانت البينـة فى عرض اليـد أو متأخرة عنها، لا يبقى مجال لتقـديم البيّنـة و القضاء بنفع لصالح المدعى

---

(۱) مستدرك الوسائل ۱۷: ۳۶۷ ب ۳ من أبواب كيفية الحكم ح ۵.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۴۸۵

إذا كانت له بيّنة.

و أمّا تعارضـها مع سوق المسلـم الذى هو امارة على التذكية و الحلية، كما إذا اشترى لحماً من سوق المسلمين و قامت البينة على عدم كونه مذكّى و انّه محرم، فربما يقال: ان تقديم البينة على السّوق من الواضحات و المسلّمات، و لعلّ الوجه فيه ان ملاحظة أدلة اعتبار السّوق و أمـاريّته تقتضـى بـأن موردها ما إذا لم يكن هناك امارة على خلافه، و كانت التذكيـة مشكوكة من رأس، و أمّا أدلـة اعتبار البيّنة فلا تكون كذلك فراجع.

و أمّيا لو وقع التعارض بين البيّنـة بين الإقرار، كما إذا أقر بانّ ما فى يـده لزيـد مثلًا و قامت البينـة على كونه للمقر دون زيـد، فمقتضـى القاعـدة تساقط الأمارتين، و لكن الظاهر ان بناء العرف و العقلاء على تقـديم الإقرار، و لعلّ الوجه فيه اختصاص كاشـفية البينة عندهم بصورة عـدم الإقـرار، و انه مع وجوده لا ـ يرون الكاشف إلّا الإقرار فالإقرار، عنـدهم بمنزلـة العلم الـذى لا مجال للبيّنـة مع وجوده على خلافها.

و لكن وردت روايـات فى بـاب القتل فى انه إذا قامت البينـة على ان زيـداً مثلًا قاتل، ثمّ أقرّ عمرو بأنه القاتل، يكون للولىّ الأخـذ بآية واحدة مع الأمارتين، و قتل اىّ واحد منهما، و قد عملوا بها و أفتوا على طبقها، و لكن الظاهر انه خلاف القاعدة يجب الأخذ به لوجود النص.

و لو وقع التعارض بين البينتين، فمقتضى القاعدة تساقط الأمارتين و عدم ثبوت حجّة فى البين، من دون فرق بين ان تكون هناك مزية

من جهة الكمية أو الكيفية، كما إذا كان العدد فى أحد الطرفين زائداً على اثنين، أو كان أحدهما أعدل من الأخر؛ و ذلك لعدم دليل على ثبوت الترجيح،

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۴۸۶

نعم لو احتمل الثبوت، لكان مقتضى القاعدة الأخذ بذى الترجيح؛ لدوران الأمر بين التعيين و التخيير، و أمّا مع عدم الاحتمال فالقاعدة تقتضى التساقط.

هذا تمام الكلام فى قاعدة حجية البينة.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۴۸۷

الأوّل استقرار سيرة المتشرعة و المؤمنين على دخول السوق و اشتراء اللحوم و الجلود من دون الفحص عن كونها ميتة أو مذكّاة،

حتى انّ الأئمة (ع) و أصحابهم و وكلاءهم كانوا كذلك؛ فإنهم كانوا يستفيدون مما يشترى من السوق من دون تفحص عن كيفية زهاق روح حيوانه، كما انهم يدخلون السّوق و يشترون العبيد و الإماء من دون سؤال و تفتيش عن كونهم مملوكين أو أحراراً مقهورين، و لا شبهة فى ثبوت هذه السيرة و كونها ممضاة عند صاحب الشريعة و العترة الطاهرة صلوات اللّه عليه و عليهم أجمعين، هذا مع قطع النظر عن الروايات المتكثرة الآتية الواردة فى

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۴۸۸

السوق الدالة على اعتبارها، و قد وقع فى بعضها التعليل بأنه لو لم يجز هذا لما قام للمسلمين سوق، و إلا فمع ملاحظتها لا مجال للارتياب فى المسألة بوجه.

الثانى الإجماع على اعتبار السوق،

و لا شبهة فى تحقق الاتفاق و الإجماع، و لكنه لا أصالة له بعد ظهور مستند المجمعين و تمامية كما مرّ مراراً.

الثالث الروايات المتعددة

الّتى:

منها: صحيحة «۱» الفضيل و زرارة و محمد بن مسلم، أنهم سألوا أبا جعفر (عليه السلام) عن شراء اللحوم من الأسواق و لا يدرى ما صنع القصّابون، فقال: كُل إذا كان ذلك فى سوق المسلمين و لا تسأل عنه.

و منها: صحيحة «۲» الحلبى قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن الخفاف التى تباع فى السّوق، فقال: اشتر و صل فيها حتى تعلم أنه ميتة بعينه. و الظاهر ان السوق فيها إشارة إلى المعهود و هو سوق المدينة الذى كان سوق المسلمين.

و منها: صحيحة «۳» احمد بن محمد بن أبى نصر قال: سألته عن الرجل يأتى السوق فيشترى جبّة فراء لا يدرى أ ذكيّة هى أم غير ذكية أ يصلى فيها؟ فقال: نعم ليس عليكم المسألة ان أبا جعفر (ع) كان يقول: ان الخوارج ضيقوا على أنفسهم بجهالتهم ان الدين أوسع من ذلك.

---

(۱) الوسائل ۱۶: ۲۹۴ ب ۲۹ من كتاب الصيد و الذبائح ح ۱.

(۲) الوسائل ۲: ۱۰۷۱ ب ۵۰ من أبواب النجاسات ح ۲.

(۳) الوسائل ۲: ۱۰۷۱ ب ۵۰ من أبواب النجاسات ح ۳.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۴۸۹

و منها: صحيحته «۱» الأخرى عن الرّضا (عليه السلام) قال: سألته عن الخفاف يأتى السوق فيشترى الخفّ، لا يدرى أ ذكى هو أم لا؟ ما تقول فى الصلاة فيه و هو لا يدرى أ يصلى فيه؟ قال: نعم، انا اشترى الخف من السّوق و يصنع لى و أصلّى فيه و ليس عليكم المسألة.

و الظاهر اتحاد هذه الرواية مع الرّواية السابقة و إن جعلهما فى الوسائل متعدّدتين، و الاختلاف فى بعض الأمور لا يضر بالاتحاد كما هو غير خفىّ.

و منها: مرسلة «۲» الحسن بن الجهم قال: قلت لأبى الحسن (عليه السلام): اعترض السّوق فاشترى خفّاً لا ادرى أ ذكىّ هو أم لا؟ قال: صلّ فيه، قلت: فالنعل؟ قال: مثل ذلك، قلت: انى أضيق من هذا قال: أ ترغب عما كان أبو الحسن يفعله.

و منها: غير ذلك من الروايات الواردة فى هذا الباب، و بملاحظة المجموع لا يبقى ارتياب فى اعتبار السّوق فى الجملة.

المقام الثانى– فى مفاد الروايات،

فنقول: لا إشكال فى ان المستفاد منها هو اعتبار سوق المسلمين لا مطلق السّوق، و يشهد له اضافة السوق إليهم فى رواية الفضلاء الثلاثة المتقدمة الظاهرة فى الاختصاص، خصوصاً مع ملاحظة كون مورد السؤال فيها ايضاً ذلك؛ فان الظاهر انّ المراد من الأسواق فيها هى الأسواق المعهودة الموجودة فى المدينة، و مثلها من البلاد الإسلاميّة، و مع ذلك لم يكتف الامام (ع) فى الجواب بهذا الظهور، بل

---

(۱) الوسائل ۲: ۱۰۷۲ ب ۵۰ من أبواب النجاسات ح ۶.

(۲) الوسائل ۲: ۱۰۷۳ ب ۵۰ من أبواب النجاسات ح ۹.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۴۹۰

صرّح بإضافة السوق الى المسلمين، و علق الحكم بجواز الأكل عليه، و أمّا إطلاق السوق فى سائر الروايات أو ترك الاستفصال، فمضافاً الى ما عرفت من كونه إشارة إلى الأسواق المعهودة، يلزم تقييده بسبب رواية الفضلاء، فيصير المستفاد من المجموع اعتبار سوق المسلمين، و الظاهر ان المراد من سوق المسلمين هو السوق الذى كان أكثر اهله مسلماً، و إن كان منعقداً فى بلد الكفر، لا السوق المنعقد فى البلد الذى يكون تحت سلطة الإسلام و حكومة المسلمين، و لو كان جميع أهله أو أكثره مشركاً، فالمراد به هو مركز التجمع للكسب و التجارة، و كان أكثر اهله مسلماً.

المقام الثالث– الظاهر بملاحظة ما ذكرنا من المراد من سوق المسلمين و انه عبارة عن السوق الذى يكون أكثر اهله مسلماً،

ان المستفاد من أدلّة اعتبار السّوق ان السّوق بنفسه لا يكون امارة على التذكية و كاشفة عن الطهارة و الحلية، بل هو كاشف عن الأمارة الأصلية و هى يد المسلم، فالسوق امارة على الامارة؛ نظراً الى ان الغالب فى أسواق المسلمين انّما هم المسلمون، و قد جعل الشارع هذه الغلبة معتبرة و حكم بإلحاق من شك فى إسلامه فى أسواقهم بالمسلمين، فالسوق انّما هو كاشف عن كون البائع مسلماً، و بهذا يظهر ما فى كلام بعض من الاكتفاء بمجرد الأخذ من سوق المسلمين، و لو أخذ من يد الكافر، فى قبال الأخذ من يد الكافر و بعبارة اخرى: الظاهر ان اعتبار السوق انما هو بالنسبة الى من كان مجهول الحال و لا يعلم انه مسلم أو كافر، فإنه يبنى على إسلامه؛ لمكان غلبة المسلمين فيه، و يكون إسلامه امارة على وقوع التذكية الشرعية على الحيوان، و إلا فلو علم بكفر البائع و الذابح، أو بكفر الأوّل فقط، مع الشك فى كفر الثانى،

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۴۹۱

فلا يؤثر فى حلية اللحم المشترى منه كون أكثر أهل السوق مسلماً، و عليه فيرجع اعتبار السّوق الى اعتبار يد المسلم، غاية الأمر انه لا فرق بين ما إذا أحرز إسلامه بالقطع، أو بنى عليه للغلبة و نحوها.

كما انه مما ذكرنا ظهر الخلل فيما أفاده فى «المستمسك» «۱» من ان الظاهر منه خصوص ما لو كان البائع مسلماً اى كان إسلامه محرزاً و إن الداعى لذكر السوق كونه الموضع المعتاد لوقوع المعاملة فيه، لا ـ الخصوصية فيه فى قبال الدار و الصحراء و نحوهما، فالمراد من الشراء من السوق الشراء من المسلم الذى هو أحد التصرفات الدالة على التذكية، و لا ـ خصوصية له، فهو راجع الى الاستعمال المناسب للتذكية.

وجه الخلل: ان مقتضى ما افاده خروج عنوان السوق عن المدخلية رأساً، و هو خلاف ظاهر أدلة اعتباره جدّاً.

و ما أبعد ما بينه و بين كلام البعض المتقدم، و أقلّ بعداً منه ما افاده المحقق «۲» البجنوردى، من كون السوق امارة برأسه، و انه أقوى من يد المسلم، قال فى وجهه ما ملخّصه: «انه بعد العلم بانّ المسلمين يجتنبون عن لحم غير المذكّى، فتعاطى اللحم بالبيع و الشراء فى أسواق المسلمين يوجب الظن القوى بأنه مذكّى، و هذا الظن أقوى بكثير من الظن الحاصل عن كونه فى يد مسلم خارج السوق، لانّ احتمال الخلاف فيه أكثر مما يباع فى سوق المسلمين علناً، هذا بناء على كون المستند هى السيرة، و أمّا بناء على كون المدرك الاخبار، فلعل الأمر أوضح؛ لأن قوله (ع): انا اشترى الخف

---

(۱) المستمسك ۱: ۳۲۸.

(۲) القواعد الفقهية ۴: ۱۵۴.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۴۹۲

من السوق و يصنع لى و أصلى فيه و ليس عليكم المسألة، ظاهر فى ان مراده (ع) من نفى لزوم السؤال نفى السؤال عن كونه مذكى أو غير مذكى، لا نفى السؤال عن ان البائع مسلم أو لا. و مرجع هذا الى ان كونه فى السوق كاف فى إثبات أنه مذكى، فلا يحتاج إلى السؤال و الفحص، و كون المراد منه ان السّوق كاف فى إثبات ان اليد يد المسلم و انها تثبت ان اللحم مذكى، يكون من قبيل الأكل من القفا، و أمّا قوله (ع) فى خبر إسماعيل بن عيسى قال: سألت أبا الحسن (عليه السلام) عن جلود الفراء يشتريها الرجل فى سوق من أسواق الجبل، أ يسأل عن ذكاته إذا كان البائع مسلماً غير عارف؟ قال: عليكم أنتم أن تسألوا عنه إذا رأيتم المشركين يبيعون ذلك و إذا رأيتم يصلّون فيه فلا ـ تسألوا عنه «۱»، لا يدلّ على عدم اعتبار السّوق بالنسبة إلى كشفه عن التذكية، نظراً إلى انه لو كان السّوق كاشفاً، فلا معنى للسؤال إذا رأوا و إن المشركين يبيعونه و أيضاً لم يكن معنى لتعليق عدم السؤال على صلاتهم فيه.

و ذلك اى: وجه عدم الدّلالة ان كلامه (ع) ظاهر فى ان السّوق امارة على التذكية، فيما كان السوق مخصوصاً بالمسلمين، و أمّا لو كان السوق مشتركاً أو كان مخصوصاً بالمشركين، فعند ذلك يجب عليكم المسألة و الفحص، و لا اثر لكون البائع وحده فى ذلك السوق مسلماً فى عدم وجوب السؤال، و عليه فيمكن ان تعدّ هذه الرواية شاهدة على ان دلالة السوق إذا كان مخصوصاً بالمسلمين أهم من دلالة يد المسلم، خصوصاً إذا كان ذلك المسلم فى السوق المخصوص بالكفّار، بل و فى السوق المشترك

---

(۱) الوسائل ۲: ۱۰۷۲ ب ۵۰ من أبواب النجاسات ح ۷.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۴۹۳

ايضاً.

و أمّا قوله (ع) بعد ذلك: و إذا رأيتم يصلّون فيه فلا تسألوا عنه، فمن جهة ان صلاتهم فيه بمنزلة شهادتهم عملًا بأنه مذكّى، فهو ايضاً

طريق إلى انه صار مذكّى، الى آخر ما ذكرناه من المؤيّدات لكون سوق المسلم بنفسه طريقاً إلى أنه مذكّى».

أقول: الظاهر عدم كون سوق المسلمين امارة على التذكية مستقلًّا فى قبال يد المسلم، بحيث لو كان البائع فى سوق المسلمين محرز الإسلام كان هناك أمارتان على التذكية: السوق و يد المسلم، و ما افاده من الوجه فى ذلك غير تام؛ لأن سيرة المتدينين على معاملة ما تقع عليه المعاملة فى سوق المسلمين معاملة المذكّى، لا دليل على ان وجهها كون السوق و التعاطى بالبيع و الشراء فيه امارة على التذكية مستقلًّا، بل يحتمل قويّاً ان يكون الوجه فيها ما ذكرنا، خصوصاً مع ان السّوق بنفسه لا يكون كاشفاً و أمارة عليها، فان المهمّ فى ذلك هو البائع، و إلا فمع قطع النظر عنه، لا يكون مجرد سوق المسلمين كاشفاً عنها بوجه، كما لا يخفى.

و أمّا قوله «۱» (ع): انا اشترى الخف من السوق .. فهو و إن كان المراد من المسألة غير اللازمة فيه هى التفحص و التفتيش عن كونه مذكى أو غير مذكّى، الّا ان دلالته على هذا التقدير على اعتبار السّوق بنفسه ممنوعة؛ فإنّه حيث لا دليل على اعتبار إسلام البائع و لا كاشف عنه، جعل الشارع الغلبة معتبرة و كاشفة عن إسلام البائع الذى هو الطريق إلى التذكية و الأمارة عليها، و لم يعلم وجه كونه أكلًا من القفا.

---

(۱) الوسائل ۲ ۱۰۷۲ ب ۵۰ من أبواب النجاسات ح ۶.

و أمّا خبر إسماعيل، فمع انه مضطرب المتن؛ لانه بعد كون مفروض السؤال هو ما إذا كان البائع مسلماً، غاية الأمر كونه غير عارف، لا يلائم الجواب بأنه إذا رأيتم المشركين .. الّا ان يكون المراد منه بيان المفهوم، و هو اختصاص وجوب السؤال بما إذا كان البائع مشركاً، فان مفاده ملاحظة حال البائع، و انه إذا كان مشركاً تجب المسألة، و إذا كان مسلماً و الكاشف عنه هى صلاته فيه لا تجب المسألة، و بقرينة الروايات الأخرى يستفاد عدم كون السوق المذكور فى السؤال سوق المسلمين، و إلا لا يحتاج إلى الصلاة فيه، سواء كان سوق المسلمين امارة بنفسه أو امارة على الامارة، و بالجملة لم يثبت ان الشارع جعل للتذكية طريقين: سوق المسلمين و يد المسلم، بل الظاهر ان الثانى أمارة عليها، و الأوّل امارة على الثانى.

المقام الرّابع- انه لا فرق فى المسلم الذى يؤخذ من يده و يكون السوق امارة على إسلامه،

بين من كان عارفاً بالإمامة، و من لم يكن؛ لانه مضافاً الى كون أكثر المسلمين فى تلك الأزمنة غير عارفين، و إلى ان الجمع المحلّى باللام فى «المسلمين» الذى أضيف إليه «السوق» فى رواية الفضلاء المتقدمة يقتضى العموم لكلّ مسلم على ما هو المشهور، يدل عليه رواية «۱» إسماعيل بن عيسى قال: سألت أبا الحسن (ع) عن جلود الفراء يشتريها الرجل فى سوق من أسواق الجبل (الجيل) أ يسأل عن زكاته إذا كان البائع مسلماً غير عارف؟ قال: عليكم أنتم أن تسألوا عنه إذا رأيتم المشركين يبيعون ذلك، و إذا رأيتم يصلون فيه فلا تسألوا عنه «۲»، و عليه فالحكم

---

(۱) الوسائل ۲: ۱۰۷۲ ب ۵۰ من أبواب النجاسات ح ۷.

(۲) الوسائل أبواب النجاسات، حديث ۷.

باعتبار يد المسلم ليس لكونها أمارة شرعية على كون الحيوان مذكّى بالتذكية المعتبرة عند العارف؛ و ذلك لاختلافنا معهم فى بعض الأمور المعتبرة فى التذكية، كاجتزائهم فى الصيد بإرسال غير الكلب المعلم، و كذلك فى بعض الفروع، كحكمهم بطهارة جلد الميتة بالدباغ، و بطهارة ذبائح أهل الكتاب، و غير ذلك من الموارد، فلا يكون مجرّد كونه فى يده أو مع ترتيبه آثار المذكى عليه أمارة

على وقوع التذكية المعتبرة عندنا عليه، فالحكم باعتبار يد المسلم حينئذ ليس لأماريتها، بل لأجل ان الحكم بعدم الاعتبار مع ان الغالب فى تلك الأزمنة هو كون المسلمين غير عارفين، مستلزم للعسر، فلذا جعل الشارع الأصل فى الحيوان التذكية تعبّداً، فيما إذا لم يكن بايعه مشركاً.

و أمّا ما افاده المحقق البجنوردى «۱» (قده) من ان كونه أصلًا غير تنزيلى أمر لا ينبغى ان يحتمل؛ لانه لو كان أصلًا غير تنزيلى لكانت أصالة عدم التذكية حاكمة عليه، و كان لا يبقى مورد لجريانه، كما هو الشأن فى كل أصل حاكم مع محكومة، فيرد عليه مضافاً الى ان جريان أصالة عدم التذكية محل خلاف و إشكال انه على هذا التقدير تكون الحكومة ممنوعة، بل تكون أدلة اعتبار السّوق مخصصة لدليل اعتبار الاستصحاب، و قاضية بعدم جريان أصالة عدم التذكية فى مورد جريان أدلة اعتبار السّوق.

و قد استدلّ هو على الأماريّة بأن قيام السيرة على دخول المتدينين فى الأسواق الإسلامية و شرائهم مشكوك التذكية، و معاملتهم إيّاه معاملة المزكّى مع انهم يرون ان الصلاة فى غير المذكى ليست بجائزة، دليل على

---

(۱) القواعد الفقهية ۴: ۱۵۸.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۴۹۶

انهم يرون أسواق المسلمين طريقاً و كاشفاً عن كونه مذكّى؛ لان الأمارية متقوّمة بأمرين، أحدهما: كون ذلك الشيء فيه جهة كشف عن مؤدّاه و لو كان كشفاً ناقصاً، و الآخر: كون نظر الجاعل فى مقام جعل الحجية إلى تلك الجهة من الكشف الموجود فيه فى حدّ نفسه، فالامارية متوقفة على ان يكون جعل حجيته بلحاظ تتميم ذلك الكشف الناقص الموجود فيه تكويناً فى عالم التشريع و الاعتبار، و من المعلوم فى المقام وجود كلا الأمرين؛ لأنه لا شك فى كون اللحم أو الجلد المشترى فى سوق المسلمين فيه جهة كشف عن انه مذكى؛ لأنهم غالباً لا يقدمون على بيع لحم الميتة أو جلدها، كما انه لا شك فى ان سيرة المتدينين على دخولهم الأسواق و اشترائهم اللحوم و الجلود باللحاظ المذكور، و سيرة المتدينين لا- تحتاج إلى الإمضاء؛ فإنها كاشف مثل الإجماع عن موافقته لرأى المعصوم (ع).

و يظهر الجواب عن هذا الدليل ممّا ذكرنا من ان شمول أدلة اعتبار السوق المسلمين غير العارفين مع وضوح اختلافنا معهم فى بعض الأمور المعتبرة فى التذكية يكشف عن عدم الأمارية؛ لأن المسلمين غالباً لا يقدمون على بيع لحم ما هو ميتة بنظرهم و لا جلده لا بيع لحم ما هو ميتة بنظر الإمامية العارفين بالإمامة كما لا- يخفى، و عليه فالأمر الأوّل من الأمرين اللذين تتقوم بهما حجية الامارة غير متحقق فى المقام؛ لعدم وجود الكشف و لو بنحو ناقص على ما عرفت.

و أمّا الرّوايات، فسيأتى البحث عنها فى المقامات الآتية إن شاء اللّه تعالى.

المقام الخامس- انه يستفاد من بعض الروايات الواردة فى السّوق اعتبار ضمان البائع و اخباره بكون مبيعه مذكّى،

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۴۹۷

و هى رواية «۱» محمد بن الحسن الأشعرى، قال: كتب بعض أصحابنا الى ابى جعفر الثانى (عليه السلام): ما تقول فى الفرو يشترى من السّوق؟ فقال: إذا كان مضموناً فلا بأس.

و لكن الظاهر انه يتعين حملها على الاستحباب؛ بقرينة رواية «۲» الفضلاء الدالة على النهى عن السّؤال عنه؛ فان المراد من النهى هو عدم الوجوب؛ لأنّه فى مقام توهمه، فالمراد عدم وجوب السؤال، و من الواضح ان المراد من السؤال هو السؤال الذى يتعقبه الجواب بوقوع التذكية، فمرجع ذلك الى عدم اعتبار الاخبار بوقوعها فى جواز الأكل من اللحوم، و كذا يدل على عدم اعتبار السؤال صحيحتا البزنطى «۳» و رواية إسماعيل بن عيسى المتقدمة، فلا بد من حمل هذه الرواية على الاستحباب.

المقام السادس– الظاهر ان يد المسلم المبحوث عنها فى المقام أخص من اليد التى تكون امارة على الملكية،

لا ـ من جهـة اعتبـار إسـلام ذى اليـد هنـا دونه، بـل من جهـة انه لا يعتبر فى الأماريـة هناك سوى أصل ثبوت اليـد و كون المال تحت استيلاء ذى اليـد و سـلطنته، و لا يلزم فيه ان يتصـرف فيه تصـرّفاً متوقفا على الملكيهٔ، و أمّا فى المقام فيعتبر فى اليد التصـرف المتوقف على التذكيـهٔ؛ و ذلـك لان مورد أخبار الاشتراء من السوق وجود هـذا التصـرف؛ لان نفس المعرضـيهٔ للبيع كاشـفهٔ عن معاملته معاملهٔ المذكى؛

---

(۱) الوسائل ۲: ۱۰۷۳ ب ۵۰ من أبواب النجاسات ح ۱۰.

(۲) الوسائل ۱۶: ۲۹۴ ب ۲۹ من أبواب الذبائح ح ۱.

(۳) الوسائل ۲: ۱۰۷۱ ب ۵۰ من أبواب النجاسات ح ۳.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۴۹۸

لعدم صدورها من المسلم إذا كانت ميتهٔ، و كذلك رواية إسـماعيل ظاهرهٔ فى تعليق الجواز على رؤيهٔ الصلاهٔ فيه، فمجرد كونه تحت يـد المسـلم أو اسـتعماله فى شـىء ما و لو لم يكن مقتضـى الـدواعى النوعيـهٔ طهارته، مثل ان يتخـذ ظرفاً للنجاسـهٔ، لا دليل على جواز معاملته معاملهٔ المذكى، و الظاهر انه لا فرق فى هذا المقام بين ما إذا قلنا: إن يد المسـلم امارهٔ على التذكيهٔ شـرعاً، أو قلنا: إِن المجعول فى السوق هو الأصل «۱»، كما لا يخفى.

المقام السابع– ان اعتبار يد المسلم هل يكون بنحو الإطلاق،

حتى فيما لو علم بمسبوقيتها بيد الكافر، بل و بعدم فحص المسلم؛ لكونه ممن لا يبالى بكونه من ميتهٔ أو مذكى، أو يكون اعتباره فى خصوص مـا إذا لم يكن كـذلك، سواء علم بالمسـبوقيهٔ بيـد مسـلم آخر أم لم تعلم الحالـهٔ السّابقـهٔ، وجهـان بل قولان، اختار المحقق النـائينى (قـده) بعـد قوله بالاماريـهٔ و جماعـهٔ الثـانى؛ نظراً الى منع الإطلاـق فى دليـل الاعتبـار، لا من جهـهٔ اللفظ و لا من ناحيـهٔ تركـ الاستفصال:

امّا الأـوّل؛ فلكونهـا قضايا خارجيـهٔ وردت فى محلّ الحاجـهٔ، و هى الجواب عما وقع عنه السؤال من الأيـدى و الأسواق الخارجيـهٔ فى تلك الأزمنهٔ، و ليست من قبيل القضايا الحقيقيهٔ التى حكم فيها على الأفراد مطلقاً و لو كانت مقدرهٔ الوجود غير محقّقهٔ، و من المعلوم ان مثـل ذلـك لاـ إطلاـق له، و لـذا لا تكون متعارفـهٔ فى العلوم، و لا يكون شأن العلوم هو البحث عنها؛ لكونها فى قوهٔ الجزئيـهٔ، و إن كانت مسوّرهٔ بكلمهٔ «كلّ» مثل: كل من فى البلد مات.

---

(۱) فوائد الأُصول ۴: ۶۰۵.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۴۹۹

و أمّا الثانى؛ فلان منشأ الشك فى كون المأخوذ مـذكّى هو غلبهٔ العامّهٔ على أسواق المسـلمين، لا كون أيديهم مسـبوقهٔ بأيدى الكفّار، إذ لم يكن جلب الجلود من بلاد الشـرك معمولًا به فى ذلك الزمان، و انّما هو أمر حـدث فى هـذه الأعصار، فهذه الجهة مغفول عنها بالكليهٔ عند أذهان السّائلين، و فى مثله لا مجال لترك الاستفصال و جعله دليلًا على الإطلاق لظهور الحال.

و يمكن الإـيراد عليه مضافـاً الى منع كون أدلـهٔ اعتبـار السّوق بأجمعهـا قضايـا خارجيـهٔ، فإن مثل حكم الامام (ع) فى روايـهٔ الفضـلاء المتقدمهٔ بجواز الأكل إذا كان ذلك فى سوق المسلمين قضيهٔ حقيقيّهٔ موضوعها سوق المسلمين أعم من الافراد المحققهٔ و المقدرهٔ، و

لذا لا نحتاج فی التمسک به الی دلیل الاشتراک من ضرورة أو إجماع بأنه لو سلم کون ذلک علی نحو القضایا الخارجیة، نقول: منشأ الشک فی کون المأخوذ مذکّی لا ینحصر بغلبة العامة علی أسواق المسلمین، بل کما اعترف به قبل ذلک، ربما کان المنشأ اختلاط أهل الذمة بالمسلمین من الیهود و النصاری و غیرهما المقیمین فی البلاد الإسلامیة، و من الواضح ان هذه الجهة لا تکون بمثابة موجبة للغفلة عنها، خصوصاً مع التصریح فی روایة «۱» إسماعیل المتقدمة، بأنه إذا رأیتم المشرکین یبیعون .. فقد فرض کون البائع مشرکاً، بل لو بنی علی کفر الخوارج و النواصب و الغلاة یتحقق منشأ آخر لتداول ذبحهم للحیوانات و أکلهم لها و بیع جلودها، فاحتمال سبق ید الکافر علی ید المسلم من الاحتمالات العقلائیة غیر المغفول عنها فی مورد الروایات، و علیه فلا مانع

---

(۱) تقدّم فی ص ۴۳۶.

القواعد الفقهیة (للفاضل)، ص: ۵۰۰

من استکشاف الإطلاق من جهة ترک الاستفصال فتدبّر.

المقام الثامن- المشهور ان ید المسلم امارة علی التذکیة مطلقاً،

حتی مع العلم بکونه مستحلا للمیتة بالدباغ، و قیل باختصاص الأماریّة بما إذا علم بکونه غیر مستحلّ لها به، و عن جملة من الکتب کالمنتهی «۱» و نهایة «۲» الاحکام التفصیل بین ما لم یعلم باستحلاله، فتکون یده امارة، و ما علم بکونه مستحلا، فلا تکون کذلک، و هنا قول رابع، و هو التفصیل بین ما إذا أخبر بالتذکیة و لو کان مستحلا، و بین ما إذا لم یخبر بها، فتکون یده أمارة فی الأوّل دون الثانی.

و یدلّ علی المشهور المطلقات المتقدمة فی السّوق الناظرة الی هذه الجهة و هی کون المسلم غیر عارف مستحلا للمیتة نوعاً، و هی کالصریحة فی الشمول لذلک، خصوصاً بعد ملاحظة کون منشأ الشک للسائل الباعث له علی السؤال ذلک، و مرسلة «۳» ابن الجهم المتقدمة ناظرة الی هذه الجهة، و إن الضیق الواقع فیه السائل و حکمه (ع) بأنه یرغب عما کان یفعله امامه (ع)، انما هو لأجل ذلک، مضافاً الی التصریح بعدم اعتبار المعرفة بالإمامة فی روایة إسماعیل المتقدمة.

فالإنصاف انه مع ملاحظة الروایات و التأمل فیها، لا یبقی ارتیاب فی ان أماریة ید المسلم أماریة تعبدیة مجعولة لغرض التسهیل و التوسعة، و عمدة النظر فیها کون البائع مسلماً غیر عارف، خصوصاً فی زمن

---

(۱) المنتهی ۱: ۲۲۶.

(۲) نهایة الأحکام ۱: ۳۷۳.

(۳) الوسائل ۲: ۱۰۷۳ ب ۵۰ من أبواب النجاسات ح ۹.

القواعد الفقهیة (للفاضل)، ص: ۵۰۱

الصادقین (علیهما السلام) الذی شاع فیه فتوی أبی حنیفة و استحلاله للمیتة و کثر متابعوه، و مع ذلک حکم فی الروایات بالاماریة و الاعتبار.

هذا و لکن قد عرفت فی بعض المقامات السابقة ان الظّاهر جعل الحکم بذلک فی الروایات دلیلًا علی عدم کون ید المسلم امارة أصلًا؛ لعدم وجود الکشف فیها و لو بالنحو الناقص، بل المجعول انّما هو أصل تعبدی لغرض التسهیل و التوسعة، فجعل ذلک دلیلًا علی عدم الأماریة أولی من الحکم بثبوت الأماریة بنحو الإطلاق، کما لا یخفی.

و أمّا القول الثانی، فیدل علیه روایة «۱» أبی بصیر، قال: سألت أبا عبد اللّه (علیه السلام) عن الصلاة فی الفراء، فقال: کان علی بن

الحسين (عليهما السلام) رجلًا صرداً لا يدفئه فراء الحجاز، لان دباغها بالقرظ، فكان يبعث الى العراق، فيؤتى مما قبلكم بالفرو فيلبسه، فاذا حضرت الصلاة ألقاه و ألقى القميص الذى يليه، فكان يسأل عن ذلك فقال: ان أهل العراق يستحلون لباس جلود الميتة، و يزعمون ان دباغه زكاته.

و تقريب الاستدلال بها: ان موردها صورة الشك فى كون البائع مستحلا؛ لظهور عدم اعتماده (ع) فى هذه الجهة على علم الغيب الثابت له، و من الواضح عدم كون جميع أهل العراق مستحلّين، بل كان فيهم من المسلمين العارفين ايضاً، فالرواية ناظرة إلى صورة الشك و حاكمة بعدم جواز الاعتماد على يده؛ لانه (ع) كان يلقى فى حال الصلاة الفراء المأتى اليه به من العراق، و كذا يلقى القميص الذى يليه، فالرواية دالة على عدم الأماريّة مع الشّك.

---

(۱) الوسائل ۳: ۳۳۸ ب ۶۱ من أبواب لباس المصلّى ح ۲.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۵۰۲

و يرد على الاستدلال بها مضافاً الى ضعف السند إجمالها من حيث الدلالة؛ لأنه (ع) كان يجمع على طبق الرواية بين اللبس و الانتفاع و بين الإلقاء المذكور، مع انه على تقدير عدم الأمارية لا يجوز الانتفاع به أصلًا، و لو فى غير حال الصلاة، و دعوى كون لبسه انما هو لأجل الضرورة المسوّغة له كما يشعر به قوله (ع): كان رجلًا صرداً، اى: شديد التألم من البرد، و عدم كون فراء الحجاز دافئاً، مدفوعة بوضوح عدم كون الضرورة بالغة الى حدّ يجوز معه المحرّم، و دعوى الفرق بين اللبس و بين الصلاة لأجل نفس هذه الرّواية، كما ربما نسب إلى إشعار بعض الكتب مدفوعة مضافاً الى كونها خلاف الإجماع بأنها توجب عدم انطباق الدليل على المدّعى، فالإنصاف إجمال الرواية من حيث الدّلالة، و لا- يرفعه احتمال كون الإلقاء احتياطاً من الامام (عليه السلام) فى حال الصلاة و إن كان هذه الاحتمال مخالفاً لمدّعى المستدل، الّا انه فى نفسه ليس صحيحاً، لعدم انحصار احتياط الامام (ع) بالصلاة، كما لا يخفى، هذا كله مضافاً الى مخالفة الرواية للمطلقات المتقدمة الدالة على الاعتبار مع العلم بالاستحلال فضلًا عن الشك، كما عرفت.

و أمّا القول الثالث، فعمدة الدليل عليه ما رواه «۱» عبد الرحمن بن الحجاج قال: قلت لأبى عبد اللّه (ع): انى ادخل سوق المسلمين، اعنى هذا الخلق الذين يدّعون الإسلام، فاشترى منهم الفراء للتجارة، فأقول لصاحبها: أ ليس هى ذكيّة، فيقول: بلى، فهل يصلح أن أبيعها على انها ذكية؟ فقال: لا و لكن لا بأس ان تبيعها و تقول: قد شرط لى الذى

---

(۱) الوسائل ۲: ۱۰۸۱ ب ۶۱ من أبواب النجاسات ح ۴.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۵۰۳

اشتريتها منه انها ذكية، قلت: و ما أفسد ذلك؟ قال استحلال أهل العراق للميتة، و زعموا انّ دباغ جلد الميتة ذكاته، ثمّ لم يرضوا ان يكذبوا فى ذلك الّا على رسول اللّه (صلّى اللّه عليه و آله).

فان موردها صورة العلم بكون البائع مستحلا، و حينئذ فالحكم بعدم جواز البيع بشرط التذكية دليل على عدم اعتبار يده، و عدم كونها حجة عليها، و إلا فلا وجه لعدم جواز البيع كذلك، كما هو ظاهر.

و يرد عليه انه لو لم تكن يده حجة عليها، فلم كان الاشتراء منه جائزاً كما هو المفروغ عنه عند السّائل و قد قرره الامام (ع) على ذلك؟ فالحكم بالجواز دليل على وجود الحجة، و أمّا عدم جواز الاشتراط، فليس لأجل عدم ثبوت الحجة، بل انما هو لأجل كون مثلها غير كاف فى ذلك؛ لظهور الاشتراط فى ثبوت التذكية وجداناً، و عدم كفاية إحرازها و لو كانت امارة كما فى سائر الشرائط، و كما فى مثل الشهادة، بناء على عدم جواز الاستناد فيها إلى الامارة، نعم يبقى الإشكال فى ان مقتضى ما ذكرنا عدم جواز الاشتراط و لو لم يكن البائع مستحلا، مع ان مقتضى ذيل الرّواية ان الموجب لعدم جواز الاشتراط استحلال البائع الأوّل للميتة، فتدبّر.

و أمّا القول الرابع، فقد استدل له برواية «۱» محمد بن الحسين الأشعرى قال: كتب بعض أصحابنا الى ابى جعفر الثانى (ع): ما تقول فى الفرو يشترى من السّوق؟ فقال: إذا كان مضموناً فلا بأس؛ نظراً الى ان المراد من الضمان هو الاخبار و الإعلام بالتذكية، لا التعهد المتضمن لقبول الخسارة، و الظاهر حينئذ ان عدم البأس مشروط بالإعلام.

---

(۱) الوسائل ۲: ۱۰۷۳ ب ۵۰ من أبواب النجاسات ح ۱۰.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۵۰۴

و الجواب: انه مع ظهور الروايات المتقدمة، بل صراحة بعضها فى عدم لزوم السؤال و الاستعلام من البائع، و من الواضح ان ذلك انّما هو لأجل عدم اعتبار الجواب و الإعلام، و إلا فلا بد من الاستعلام، لا يبقى مجال للأخذ بهذه الرواية، فلا بد من الحمل على الاستحباب، و الفرق بين صورتى الاعلام و عدمه من هذه الجهة كما لا يخفى، و قد مرّ ذلك فى المقام الخامس فراجع.

المقام التاسع – لا شبهة فى تقدّم هذه القاعدة على استصحاب عدم التذكية، بناء على جريانه،

امّا على تقدير الأمارية فواضح؛ لتقدم الامارة على الاستصحاب، و أمّا على تقدير كونها أصلًا، فلما عرفت من ان لازم عدم التقدم، لغويّة هذه القاعدة؛ لثبوت المعارضة الدائمية بينها و بين الاستصحاب المذكور، و أمّا تقدمها على البيّنة إذا كانت على خلافها فممنوع، و لو فرض كونها امارة؛ و ذلك لأن البيّنة من أقوى الأمارات، و لذا جعلها الشارع فى باب القضاء مقدمة على اليد التى تكون امارة على ملكيّة ذيها، هذا مضافاً الى وضوح اختصاص مورد الروايات المتقدمة على كثرتها بصورة عدم وجود البينة، فلا دليل على حجيّتها مع وجودها، كما لا يخفى.

المقام العاشر – هل المصنوعية فى أرض الإسلام امارة على وقوع التذكية مطلقاً،

و لو مع العلم بكون الصانع غير مسلم، أو أنها أمارة عليه مع عدم العلم بكفر الصانع، أو انها ليست أمارة فى عرض يد المسلم، بل هى امارة على الامارة، كسوق المسلمين، على ما عرفت من أنه امارة على كون البائع مسلماً، و هو امارة على التذكية؟ وجوه و احتمالات ناشئة من

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۵۰۵

الاحتمالات الجارية فى الرّواية الواردة فى هذا الباب، و هى رواية «۱» إسحاق بن عمار المعتبرة عن العبد الصالح (ع) انه قال: لا بأس بالصلاة فى الفراء اليمانى و فى ما صنع فى أرض الإسلام، قلت: فان كان فيها غير أهل الإسلام؟ قال: إذا كان الغالب عليها المسلمين فلا بأس «۲».

و المراد من الجواب يحتمل ان يكون ما حكى عن الشهيد «۳» الثانى (قده) من غلبة افراد المسلمين و أكثريتهم بالنسبة الى غير أهل الإسلام، و يحتمل ان يكون غلبة المسلمين على الأرض و حكومتهم و سلطنتهم عليها كما رجحه سيدنا العلامة الأستاذ البروجردى (قدّس سرّه الشريف) مستظهراً ذلك من تعدية الغلبة بعلى.

فعلى الأوّل الذى مرجعه الى ان الامارة أرض الإسلام، أى ما كان تحت غلبة المسلمين و رياستهم بضميمة كون الغلبة العدديّة لأفراد المسلمين، تكون الامارة هى يد المسلم، و ما ذكر امارة على الامارة؛ لان الأكثرية طريق الى استكشاف مجهول الحال، و إلا لم يترتب عليها ثمرة، فعلى ما قاله الشهيد لا تكون أرض الإسلام أمارة إلى جانب يد المسلم أصلًا.

و على الثانى ان كان المراد هو كون المصنوعية فى أرض الإسلام امارة على التذكية، و لو مع العلم بكون الصّانع غير مسلم، تصير المصنوعية امارة مستقلة فى مقابل يد المسلم، و إن كان المراد هو ان المصنوعية فيها امارة على كون الصانع مسلماً؛ لأنه يبنى على

إسلام من كان مجهول الحال

---

(۱) الوسائل ۲: ۱۰۷۲ ب ۵۰ من أبواب النجاسات ح ۵.

لنكرانى، محمد فاضل موحدى، القواعد الفقهية (للفاضل)، در يک جلد، ه ق

القواعد الفقهية (للفاضل)؛ ص: ۵۰۵

(۲) الوسائل أبواب النجاسات، الباب الخمسون، حديث ۵.

(۳) روض الجنان فى شرح إرشاد الأذهان: ۲۱۳.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۵۰۶

فى أرض الإسلام، فيرجع ايضاً الى اعتبار يد المسلم، و كونها امارة على التذكية، غاية الأمر ان الامارة على الامارة على هذا مجرد المصنوعية فى أرض الإسلام، و على ما قاله الشهيد هو ذلك بضميمة كون الغلبة لأفراد المسلمين كما لا يخفى.

هذا و الظاهر ما قاله الشهيد (قده)؛ لان الظاهر دلالة الجواب على اعتبار أمر زائد على عنوان أرض الإسلام، و إذا فسّرناه بغيره ينطبق على معنى أرض الإسلام، و لا يكون أمراً زائداً عليها؛ لان معناها كما عرفت هو كون الغلبة و السلطنة عليها للمسلمين، فلا يكون الجواب دالّاً على أمر آخر بوجه، و بعبارة اخرى: الضمير فى قوله (ع): إذا كان الغالب عليها، يرجع الى أرض الإسلام، لا مطلق الأرض، و لا معنى لتقييد أرض الإسلام بما يرجع الى تفسيرها، و حمل الجواب على التوضيح و التفسير مستبعد جدّاً، بل الظاهر كونه ناظراً الى اعتبار أمر زائد، و هو لا ينطبق الّا على تفسير الشهيد، و قد عرفت ان مقتضاه انه لا أصالة للمصنوعية فى أرض الإسلام، بل هى بضميمة الغلبة امارة على كون الصانع مسلماً، نعم مقتضى ذلك اعتبار إسلام الصانع من دون فرق بين ان يكون البائع أيضاً مسلماً و بين ان لا يكون كذلك.

المقام الحادى عشر- هل المطروحية فى أرض الإسلام امارة على وقوع التذكية على المطروح أو على الامارة عليه،

أو انّها لا تكون أمارة أصلًا إلّا إذا كان عليه اثر استعمال المسلم، و جريان يده عليه؟ و من المعلوم انّه حينئذ يرجع الى اعتبار يد المسلم و أماريّتها.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۵۰۷

و الدليل فى هذا المقام رواية «۱» السكونى عن ابى عبد اللّه (عليه السلام) انّ أمير المؤمنين (عليه السلام) سأل عن سفرة وجدت فى الطريق مطروحة كثير لحمها و خبزها و جبنها و بيضها، و فيها سكين فقال أمير المؤمنين (ع) يقوّم ما فيها ثمّ يؤكل؛ لانه يفسد و ليس له بقاء، فاذا جاء طالبها غرموا له الثمن، قيل له: يا أمير المؤمنين (ع) لا يدرى سفرة مسلم أو سفرة مجوسى؟ فقال: هم فى سعة حتى يعلموا، و يجرى فى معنى الرّواية احتمالات:

أوّلها: ان تكون الرّواية بصدد بيان أصالة الطهارة عند الشك فى النجاسة، و منشأ الشك عدم العلم بكون السفرة لمسلم أو مجوسى من جهة ملاقاة المجوسى، و عليه فالمراد بقوله (ع): هم فى سعة حتى يعلموا، هى التوسعة من جهة الطهارة إلى حصول العلم بالنجاسة.

ثانيها: ان تكون الرّواية بصدد افادة أمارية المطروحية فى أرض الإسلام على وقوع التذكية على الحيوان المأخوذ منه اللحم الموجود فى السفرة، و منشأ الشك احتمال كونها لمجوسى، و هو لا يراعى شرائط التذكية المعتبرة فى الإسلام، و لا يجتمع هذا الاحتمال مع

ذكر مثل الخبز و البيض بجانب اللّحم؛ لعدم الشك فيه من هذه الجهة، كما هو ظاهر.

ثالثها: ان تكون الروايـة بصـدد بيان ان الحكم فى مورد الشك فى الحلية مطلقاً هى الحلية و الإباحة، و منشأ الشك احتمال عدم رضـا المالك بالتصرف فيها.

إذا ظهر لك هذه الاحتمالات، فاعلم ان الاستدلال بالرواية على

---

(۱) الوسائل ۲: ۱۰۷۳ ب ۵۰ من أبواب النجاسات ح ۱۱.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۵۰۸

الأماريـة متوقف على كون المراد بها هو الاحتمال الثانى، و من الواضح عدم ظهور الرواية فيه، لو لم نقل بظهورها فى غيره؛ لما مرّ من عـدم ملائمته لـذكر مثـل الخبز و البيض، الّـا ان يقـال: إن السؤال الثـانى فى الروايـة لا يرتبط بما هو محطّ النظر فى السؤال الأوّل، بل يمكن ان يكون من شـخص آخر لاـ من السائل الأوّل، و عليه فيمكن دعوى كون الثانى ناظراً الى خصوص اللحم من جهـة التذكيـة و عدمها، فالحكم بالتوسعة الى ان يعلم بكونه من مجوسى دليل على أمارية المطروحيّة فى أرض الإسلام.

و لكن هذه الدّعوى لا توجب ظهور الرّواية فيها، و إن كانت تصلـح لان يجاب بها عن الاشكال الوارد على الاحتمال الثالث، و هو انه يوجب طرح الرّوايـة؛ إذ لم يـذهب أحد إلى الإباحة عند الشك فيها من هذه الجهة، فإن الإباحة حينئذٍ إنّما هى لأجل وجود الامارة لا لمجرد الشك، كما لا يخفى.

هذا تمام الكلام فى بحث حجية سوق المسلمين.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۵۰۹

قاعدة حجيّة سوق المسلمين

اشارة

و هى ايضاً من القواعد المشهورة المبتلى بها لأكثر الناس، و الكلام فيها يقع فى مقامات:

المقام الأوّل– فى مدركها و مستندها،

و هو أمور:

قاعدة أخذ الأجرة على الواجب

اشارة

و هى ايضاً من القواعد المشهورة المبتلى بها، و نقول:

قـد وقع الكلاـم فى جواز أخـذ الأـجرة على الواجب تعبّـدياً كـان أو توصّـلياً، عينيّاً كـان أو كفائيًا، تخييريّاً كان أو تعيّنياً، و نسب الى المشـهور القول بالعـدم، بـل قـد ادّعى الإجماع عليه كما فى محكيّ البرهان «۱» و جامع «۲» المقاصـد، و لعلّه يجىء التكلم على هـذه الجهة.

و كيف كـان فهـل يجوز أخـذ الأـجرة على الواجب مطلقـا، أو لاـ يجوز كـذلك، أو يفصّل بين التعبـدى و التوصّـلى، أو بين العينى و الكفائى، أو فى الكفائى بين القسـمين الأوّلين، أو فيه بين ما إذا كان وجوبه بعنوانه الخاص و ما إذا كان وجوبه من جهة حفظ النظام؟

وجوه و احتمالات.

---

(۱) مجمع الفائدة و البرهان ۸: ۸۹.

(۲) جامع المقاصد ۴: ۳۵.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۵۱۰

و ليعلم ان موضوع المسألة ما إذا كان عقد الإجارة الواقعة على الواجب صحيحاً و واجداً لجميع الأمور المعتبرة فيه، عدا كون متعلقه واجباً على الأجير و لازماً عليه إتيانه شرعاً، فإنه لذلك وقع الكلام فى ان وجوبه على الأجير هل يوجب بمجرده اختلال بعض الأمور المعتبرة فى الإجارة من حيث المتعلق أو لا؟ و أمّا لو فرض بطلانها بسبب أمر آخر، كما إذا لم يكن للمستأجر غرض عقلائى و نفع دنيوى أو أخروى أو غيرهما، فهو خارج عن مفروض البحث، فاستيجار الشخص لفعل صلاة الظهر عن نفسه باطل من حيث انه لا يكون فى ذلك غرض عقلائى للمستأجر، لا لكون الفعل واجباً على الأجير.

نعم لو فرض ثبوت غرض عقلائى فى مثله، كما إذا أراد اعتياد ولده بالصلاة بحصول التمرين عليها، و لو من ناحية دفع الأجرة إليه، فهو يدخل فى محلّ النزاع.

إذا عرفت، ذلك فاعلم ان الكلام تارة يقع فى ثبوت المنافاة بين الوجوب بما هو وجوب و بين أخذ الأجرة و عدمه، و أخرى فى ثبوت المنافاة بين الوجوب التعبدى بما هو تعبدى لأخذ الأجرة و عدمه، و على هذا التقدير لا فرق بين الواجب و المستحبّ، و ثالثة فى منافاة الوجوب التعبدى النّيابى لأخذ الأجرة و عدمه، و على هذا التقدير ايضاً لا يكون فرق بينهما، فالكلام يقع فى مقامات:

المقام الأوّل- فى منافاة الوجوب بما هو وجوب لأخذ الأجرة و عدمه

قد استدل لها بوجوه:

منها: انه يعتبر فى صحة الإجارة ان يكون متعلقها مملوكاً للأجير

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۵۱۱

حتى يصح نقله إلى المستأجر، سواء كان اعتبار المملوكية ثابتاً له قبل العقد، كمنافع الدار المملوكة لصاحبها قبل الإجارة و عمل العبد المملوك لمولاه كذلك، أو كان اعتبار المملوكية بعد العقد، كعمل الحرّ؛ فإنه و إن لم يعتبر مملوكاً لعامله قبل العقد، الّا انه بالعقد يعتبر مملوكاً للمستأجر، و تعلق الوجوب به يوجب ان لا يكون مملوكاً للفاعل حتى يصح نقله الى الغير؛ لانه يصير حينئذ مستحقّاً للّه تعالى، و المملوك المستحق لا يستحق ثانياً، أ لا ترى انه إذا آجر نفسه لدفن الميت لشخص، لم يجز له ان يوجر نفسه ثانياً من شخص آخر لذلك العمل، و ليس ذلك إلّا لأن الفعل صار مملوكاً للاوّل و مستحقّاً له، فلا معنى لتمليكه ثانياً.

أقول: هذا الوجه هو أقوى الوجوه التى استدلّ بها فى جامع المقاصد و كشف الغطاء، و لو تم لكان مقتضاه القول بعدم الجواز مطلقاً، نعم ظاهره الاختصاص بالواجب العينى.

و يمكن تقريره فى الواجب الكفائى بأن يقال: ان العمل قبل صدوره من العامل و إن لم يكن مملوكاً له تعالى؛ لان المفروض عدم تعيّنه عليه، الّا انه بعد الصّدور يتصف بكونه مملوكاً له تعالى، بمعنى انّه صدر ما يكون بعد الصدور غير مملوك الّا للّه، فلا يمكن ان تتعلق به الإجارة المقتضية لكون العمل صادراً مملوكاً للمستأجر كما لا يخفى.

و لكن أصل الوجه لا يخلو عن خدشة بل منع؛ فان الوجوب الذى هو بمعنى مجرّد بعث الغير إلى إتيان الفعل، لا يوجب ان يكون ذلك الفعل مملوكا للباعث و مستحقاً له، حيث ينافى مملوكية الغير؛ لأن مطلوبية الصدور و تحريك المأمور إلى الإصدار أمر، و مملوكية الفعل الصّادر

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۵۱۲

و استحقاقه أمر آخر، لا يرتبط أحدهما بالآخر، و لو كان الوجوب مساوقاً للملكية لما صحّ أمر أحد الأبوين بشيء بعد أمر الأخر به؛ لأنّه إذا قال الأب مثلًا-: أكرم زيداً، فمقتضى وجوب إطاعته الثابت بالشرع و كونه مساوقاً للملكية على ما هو المفروض، هي صيرورة العمل و هو إكرام زيد مملوكاً للأب و مستحقّا له حينئذ، فكيف يمكن ان يؤثر أمر الأمّ في الوجوب المساوق لها بعد عدم إمكان ان يصير المملوك المستحق مملوكاً ثانياً، فاللازم هو القول بلغويّة أمرها، مع انه من الواضح خلافه، و ليس ذلك الّا لعدم كون الوجوب موجباً لمملوكية الواجب للموجب، كيف و قد حققنا في علم الأصول ان متعلق الاحكام انّما هي نفس الطبائع و العناوين لا الافراد و الوجودات؛ لأنها قبل التحقق ليست بفرد، و بعده يحصل الغرض المطلوب منها، فيسقط الأمر، و الطبيعة لا معنى لكونها مملوكة أصلًا.

و منها: ما ذكره كاشف الغطاء و تبعه المحقق «۱» النائيني (قده) على ما في التقريرات، و تقريره بنحو التلخيص: انه يعتبر في الإجارة و ما يلحق بها من الجعالة ان يكون العمل الذي يأخذ الأجير أو العامل بإزائه الأجرة و الجعل ملكاً له، بان لا يكون مسلوب الاختيار بإيجاب أو تحريم شرعي عليه، لأنه إذا كان واجباً عليه فلا يقدر على تركه، و إذا كان محرّماً عليه فلا يقدر على فعله، و يعتبر في صحّة المعاملة على العمل كون فعله و تركه تحت سلطنته و اختياره، و من هنا لا يجوز أخذ الأجرة على الواجبات؛ لعدم القدرة على تركها، و لا على المحرّمات؛ لعدم القدرة على فعلها؛ فلا يجوز لشاهد الزور أخذ الأجرة على شهادته؛ لخروج عمله عن سلطنته

(۱) مُنية المطالب ۱: ۱۵.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۵۱۳

بنهي الشارع، فلا يقدر على فعله، فأخذ الأجرة أكل للمال بالباطل.

و أمّا الواجبات النظاميّة فيجوز أخذ الأجرة عليها ما عدا القضاء؛ لأن الأجير فيها مالك لعمله و قادر عليه؛ لان الواجب عليه هو بذل عمله بالمعنى المصدري، لا نتيجة عمله التي هي معنى الاسم المصدري و هما و إن لم يكونا أمرين متمايزين، إلّا أنهما شيئان اعتبارا، فللشارع التفكيك بين وجوب المصدر و ملكية اسم المصدر، و أمّا التكليف في باب القضاء فقد تعلّق بنتيجة عمل القاضي و هو فصله الخصومة، فلا يجوز له أخذ الأجرة عليه، بخلاف غيره من الطبيب و الخياط و الصباغ.

و كيف كان لو وجب بذل العمل و حرم احتكاره، فلا مانع من أخذ الأجرة عليه، و لو وجب عليه نتيجة العمل فلا يجوز أخذ الأجرة؛ لأن المعنى المصدري آليّ و لا يقابل بالمال، و اسم المصدر خارج عن ملكه.

و فيه وجوه من النّظر:

الأوّل ان المراد بالقدرة المعتبرة في صحة الإجارة و الجعالة و نحوهما ان كان هي القدرة على فعل العمل و تركه حقيقة و تكويناً، فلا شبهة في عدم منافاتها لتعلق التكليف الوجوبي أو التحريمي، كيف و وجودها شرط في تعلق كل واحد منهما كما هو واضح، و إن كان المراد بها هي القدرة شرعاً، بمعنى ان يكون العمل جائز الفعل و الترك عند الشارع، لا ان يكون واجباً أو محرّماً، فيرد عليه: ان الاستدلال بهذا النحو مصادرة؛ لان مرجعه إلى انه يعتبر في صحة الإجارة على العمل عدم كونه واجباً، و هذا عين المدّعى.

الثاني ان بطلان الإجارة على فعل شيء من المحرّمات ليس لعدم

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۵۱۴

كونه قادراً عليه شرعاً، و القدرة بهذا المعنى معتبرة في صحّتها، بل لانه لا يعقل اجتماع الأمر بالوفاء بها مع النهي عن فعلها، فمع ثبوت الثاني كما هو المفروض لا يبقى مجال للاوّل، و ليعلم ان المراد بالقدرة على التسليم التي اعتبرها الفقهاء في صحة المعاملة، ليس هي القدرة المبحوث عنها في الكتب العقلية التي مرجعها إلى صحة الفعل و الترك، كيف و هم يحكمون بصحة المعاملة فيما لم يتحقق فيه هذا المعنى؟ أ لا ترى انهم يحكمون بالصّحة فيما لو كان المبيع عند المشتري الغاصب و لم يكن البائع قادراً على أخذه منه بوجه،

حتى يصحّ منه التسليم و عدمه، و كذلك يحكمون بالصّحة فيما لم يكن البائع قادراً على التسليم بهذا المعنى، و لكن المشترى بقدر على الوصول اليه، و السرّ ان هذا العنوان لم يكن مأخوذاً فى شىء من النصوص حتى يتبع ما هو ظاهره، بل هو شىء يحكم به العقل؛ لإخراج المعاملات السّفهية الواقعة على مثل السّمك فى الماء و الطير فى الهواء، فمرجع اعتباره الى لزوم اشتمال المعاملة على غرض عقلائى، و هو موجود فى المقام، فلا وجه للإشكال فى جواز أخذ الأجرة على الواجب من هذه الجهة.

ثمّ انه لو سلّم اعتباره فى صحّة المعاملة بالمعنى الرّاجع إلى صحة الفعل و الترك، و سلم ايضاً ان تعلق الإيجاب أو التحريم ينافيه، فدعوى ثبوته فى الواجبات النّظامية ما عدا القضاء؛ نظراً الى ان الوجوب تعلق بالمصدر، و الأجرة واقعة فى مقابل اسم المصدر، ممنوعة؛ لاعترافه بان التغاير بين الأمرين انّما هو بحسب الاعتبار، و إلا فهما فى الواقع شىء واحد، و حينئذ فيقال عليه: انه كيف يمكن ان يكون الشىء الواحد مقدوراً و غير مقدور معاً؟ فمع فرض تعلق الوجوب به المنافى لكونه مقدوراً، كيف

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۵۱۵

يعقل ان يكون مقدوراً ايضاً.

و إن شئت قلت: انه كيف تجتمع مقدورية اسم المصدر مع خروج نفس المصدر عن تحت الاختيار بعد تبعيته له، بل عينيّته له؟ كما هو ظاهر.

الثالث ان التفصيل بين القضاء و غيره من الواجبات النّظامية بكون الواجب فيه هو اسم المصدر دونها ممنوع؛ لان الواجب فى باب القضاء ايضاً هو فصل الخصومة بالمعنى المصدرى، و هو الحكم و القضاء، لا كون الخصومة مفصولة، و الدليل على ذلك مراجعة كتاب القضاء؛ فإن الأحكام المذكورة فيه انما تكون مترتبة على نفس القضاء.

و منها: ان الظاهر من تعلق الوجوب بشىء كون المطلوب إتيانه مجّاناً و بلا عوض، فأخذ الأجرة عليه ينافى ذلك.

و يرد عليه: منع ذلك؛ لانه مجرد ادعاء بلا بينة و برهان:

و منها: ان المعهود فى باب الإجارة كون العمل الذى استوجر عليه بيد المستأجر من حيث الاسقاط و الإبراء و التأجيل و التعجيل، و لو قيل بصحة الإجارة فى المقام يلزم نفى تلك الآثار الثابتة فى كل اجارة، فيستكشف من ذلك بطلانها.

و يرد عليه: منع انتفاء هذه الآثار فى الإجارة على الواجب، فإنه يمكن للمستأجر الاسقاط و يسقط حقّه بذلك، و لا ينافى ذلك ثبوت حقّ من اللّه تعالى، و تظهر الثمرة فيما لو لم يكن المكلف مريداً لا طاعة أمر اللّه تعالى؛ فإنّه يستحق الأجرة مع الاسقاط.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۵۱۶

و منها: ما عن الشيخ «۱» الأعظم (قده) فى مكاسبه من ان عمل المسلم مال، لكنه غير محترم مع الوجوب، لكون العامل مقهوراً عليه من دون دخل اذنه و رضاه، فالإيجاب مسقط لاعتبار اذنه و رضاه المقوّمين لاحترام المال.

و أجاب عنه المحقق «۲» الأصفهانى (قده) بان لمال المسلم حيثيتين من الاحترام: إحداهما حيثية إضافته إلى المسلم، و هذه الحيثية يقتضى احترامها ان لا يتصرف أحد فيه بغير اذنه و رضاه، و له السلطان على ماله و ليس لأحد مزاحمته فى سلطانه، و هى الثابتة بقوله «۳» (ع): لا يجوز لأحد ان يتصرف فى مال غيره بغير اذنه، و بقوله «۴» (ع): لا يحلّ مال امرئ الّا عن طيب نفسه.

ثانيتهما: حيثية ماليّته، و مقتضى حرمتها ان لا يذهب هدراً و بلا تدارك، فلا يجوز ان يعامل مال المسلم معاملة الخمر و الخنزير، ممّا لا ماليّة له شرعاً، و لا يتدارك بشىء أصلًا.

و من الواضح ان الإيجاب و اللّابدية و المقهورية و سقوط اذنه و رضاه كلها موجبة لسقوط احترام العمل من الحيثية الأولى دون الحيثية الثانية، و لذا جاز أكل مال الغير فى المخمصة من دون اذنه، مع بقاء المال على حاله من احترامه و تضمن قيمته بلا اشكال، مع ان هدر المال غير هدر الماليّة

(۱) على ما نقل فى حاشيهٔ المكاسب للأصفهانى ۲: ۲۱۰.

(۲) حاشيهٔ المكاسب للأصفهانى ۲: ۲۱۱.

(۳) الوسائل ۱۷: ۳۰۹ ب ۱ من أبواب الغصب ح ۴.

(۴) سنن الدارقطنى ۳: كتاب البيوع ح ۹۱. عوالى اللآلى ۲: ۱۱۳.

القواعد الفقهيهٔ (للفاضل)، ص: ۵۱۷

كما فى مال الكافر الحربى؛ فإنه ساقط الاحترام من الجهتين، فيجوز أخذه منه و تملكه بغير عوض بدون اذنه، و مع ذلك فهو مال و مملوك للحربى، و لذا يجوز إيقاع المعاملهٔ عليه و استيجاره على عمله، و ما يضرّ بالإجارهٔ هدر الماليهٔ لا هدر المال.

و منها: غير ذلك من الوجوه الضعيفهٔ غير التّامهٔ، فالمتحصل فى هذا المقام ان الوجوب بما هو وجوب لا ينافى جواز أخذ الأجرهٔ، و لم يقم دليل على عدم جواز الاستيجار على الواجب بما هو كذلك.

المقام الثانى– فى منافاهٔ العباديهٔ للإجارهٔ و عدمها،

فنقول:

ربما يقال بالمنافاهٔ؛ نظراً الى انّ أخذ الأجرهٔ على العبادات ينافى القربهٔ المعتبرهٔ فيهما، فلا يجوز؛ لانه مع الأخذ لا يقدر على الإتيان بمتعلّق الإجارهٔ، و القدرهٔ عليه معتبرهٔ فى صحتها بلا اشكال.

و قد تغصّى عنه بوجهين:

الأوّل ما حكى عن صاحب الجواهر «۱» (قده) من ان تضاعف الوجوب بسبب الإجارهٔ لا ينافى الإخلاص بل يؤكّده.

و قد أورد عليه بأنه ان أريد ان تضاعف الوجوب يؤكد اشتراط الإخلاص، فلا ريب فى ان الأمر الإجارى توصلى لا يشترط فى حصول ما وجب به قصد القربهٔ، و إن أريد أن يؤكد تحقق الإخلاص من العامل، فهو مخالف للواقع قطعاً؛ لان ما لا يترتب عليه أجر دنيوى أخلص مما يترتب عليه ذلك بحكم الوجدان.

---

(۱) الجواهر ۲۲: ۱۱۷.

القواعد الفقهيهٔ (للفاضل)، ص: ۵۱۸

و لكن السيّد الطباطبائى «۱» (قده) تصدّى فى حاشيهٔ مكاسب الشيخ الأعظم (قده) لتوجيه كلام صاحب الجواهر و بيان عدم المنافاهٔ بين قصد القربهٔ و أخذ الأجرهٔ، و قد ذكر فى تقريره وجهين:

أولهما: هى مسألهٔ الدّاعى على الدّاعى التى ستجىء مفصلًا إن شاء اللّه تعالى.

ثانيهما: ما ملخّصه: انه يمكن ان يقال بصحهٔ العمل من جهه امتثال الأمر الإجارى المتّحد مع الأمر الصلاتى فإن حاصل قوله: فِ باجارتك، صلّ وفاء بالإجارهٔ، و دعوى كونه توصّلياً مدفوعهٔ أوّلًا بأن غايته انه لا يعتبر فى سقوطه قصد القربهٔ، و إلا فاذا اتى بقصد الامتثال يكون عبادهٔ قطعاً، و لذا قالوا: ان العبادهٔ قسمان: عبادهٔ بالمعنى الأخص و عبادهٔ بالمعنى الأعمّ، و دعوى ان المعتبر قصد الأمر الصلاتى لا الأمر الإجارى مدفوعهٔ بالمنع، غايهٔ الأمر انه يعتبر فيه كون الدّاعى هو اللّه من ایّ وجه كان.

و ثانياً لا نسلّم كونه توصّلياً مطلقا، بل هو تابع لمتعلّقه، فان كان توصّلياً فهو توصّلى، و إن كان تعبّدياً فتعبدى؛ لأن مرجع قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ الى قوله: صلّوا و صوموا و خيطوا و افعلوا كذا و كذا، فالأمر الإجارى عين الأمر الصلاتى أ لا ترى انه لو لم يكن له داعٍ الى امتثال الأمر الندبى بالنافلهٔ و نذرها، و كان داعيه امتثال الأمر النذرى كان كافياً فى الصّحهٔ.

و الحاصل: ان امتثال الأمر المتعلق بالعمل من جههٔ وجوب الوفاء بالإجارهٔ كاف فى الصّحهٔ.

(۱) حاشية السيد على المكاسب: ۲۴.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۵۱۹

ان: قلت ان ذلک مستلزم للدّور؛ لان الوجوب من حيث الإجارة موقوف على صحّتها، و هى موقوفة على صحة العمل، الموقوفة على عدم الوجوب؛ لتوقف قصد القربة المعتبرة فيه عليه، قلت: التحقيق فى الجواب ان يقال: ان المعتبر فى متعلق الإجارة ليس أزيد من إمكان إيجاده فى الخارج فى زمان الفعل، و فى المقام كذلک، غاية الأمر ان تعلق الإجارة و الأمر الإجارى سبب فى هذا الإمكان، و هذا ممّا لا مانع منه، و حينئذ نقول: ان الوجوب من حيث الإجارة موقوف على صحتها، و هى موقوفة على القدرة على إيجاد الفعل صحيحاً زمان الفعل، و هى حاصلة بالفرض، و إن لم تكن حاصلة مع قطع النظر عن تعلق الإجارة، و الحاصل: انه لا يلزم فى صحة الإجارة إلّا إمكان العمل و لو بسببها، و أمّا الإمكان مع قطع النظر عنها فلا دليل على اعتباره.

أقول: لا- يخفى ان الأمر الإجارى لا يعقل ان يكون متّحداً مع الأمر الصلاتى، كيف و عنوان الوفاء بالإجارة مغاير لعنوان الصلاة، و النسبة بينهما العموم من وجه، و لا يعقل أن يسرى الأمر من متعلقه إلى شىء آخر مغاير له، و مجرّد اتّحاد الوفاء مع الصلاة خارجاً لا يوجب اتحاد الأمرين، بعد وضوح ان متعلق الاحكام و التكاليف هى نفس الطبائع و العناوين كما حققناه فى الأصول و حينئذ فكيف يعقل ان يكون الأمر بالوفاء داعياً إلى الصلاة مع ان الأمر لا يدعو الّا الى متعلّقه؟ فتصحيح العبادية بإتيان الصلاة بداعى الأمر المتعلق بالوفاء بالإجارة ممّا لا يتم أصلًا.

و تنظير ذلک بمسألة النذر و إن كان فى محلّه، الّا ان كفاية الإتيان بداعى امتثال الأمر النّذرى فيها محلّ نظر، بل منع، بل الظاهر فيها ايضاً

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۵۲۰

لزوم الإتيان بالنافلة بداعى الأمر الاستحبابى المتعلق بها إذ النذر لا يوجب انقلاب النافلة فريضة، فلو نذر الإتيان بصلاة الليل مثلًا يصير ذلک موجباً للزوم الإتيان بها بما أنّها صلاة اللّيل، و تكون متعلقة للأمر الاستحبابى، و لذا لو حصل منه خلف النذر يعاقب لا على ترک الليل الليل؛ لأنها مستحبة، بل على عدم الوفاء بالنذر الذى كان واجباً.

و بالجملة: لا وجه لكفاية الإتيان بقصد امتثال الأمر الإجارى بعد وضوح عدم اتّحاده مع الأمر الصلاتى لاختلاف متعلّقيهما، و منه ظهر فساد ما ذكره من تبعية الأمر الإجارى من حيث التعبدية و التوصلية لمتعلّقه؛ فإنه لا يسرى إليه حتى يكتسب منه ذلک كما عرفت، مضافاً الى ان معنى الوفاء بالإجارة هو الإتيان بالعمل بما انه مستحق للغير و مملوک له، فلا يجتمع مع الإتيان به بداعى القربة، فتأمل، و كيف كان فالإشكال لا يندفع بما ذكره؛ لابتنائه على اتّحاد الأمرين، و قد عرفت منعه.

الثانى: ما اختاره جمع من المحققين من كون الأجرة داعية، لا فى عرض داعى القربة، بل فى طوله، و تقريره كما افاده السيد (قده) فى حاشية «۱» المكاسب مع توضيح منّا ان يقال: انّ ما يضرّ بالإخلاص انّما هو الداعى الدنيوى الذى هو فى عرض داعى الامتثال، كالرياء و ساير الدواعى النفسانيّة، و أمّا إذا كان فى طوله، كما فى مثل المقام، بان كان الداعى لنفس العمل هو امتثال الأمر المتعلق به، و الداعى لإتيان العمل بداعى امتثال امره غرض آخر دنيوى أو أخروى لا- يرجع الى الله تعالى، فلا بأس به؛ لانه لا دليل على لزوم ان تكون سلسلة العلل كلها راجعة الى

(۱) حاشية المكاسب للسيّد: ۲۵.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۵۲۱

اللّه، كيف و لازمه الحكم ببطلان عبادة جلّ الناس بل كلّهم عدا من عصمه اللّه تعالى منهم؛ لان داعيهم الى امتثال أوامر اللّه انّما هو

الخوف من العقـاب أو الطمع فى الثواب، و همـا اى الثواب و العقـاب و إن كانـا من الأمور الأخرويّـهٔ، إلّا أنهما يشتركان مع المقاصـد الدنيوية فى انه لا يرجع شىء منهما الى اللّه تعالى.

و دعوى ان قياس الأجرة على الغايات المترتبـة بجعل الهى مع الفارق؛ لأن سلسـلة العلل إذا انتهت الى اللّه تعالى لا تخرج المعلول عن كونه عباديّاً، و هـذا بخلاـف مـا إذا انتهت الى غيره، فإنه ليس من وظيفته جعل غايـة للفعل بقصـد الأمر، و بالجملـة فرق بين ان يأتى بالصلاة لأمر اللّه سبحانه حتى يوسّع فى رزقه و إن يأتى لأمر اللّه حتى يأخذ الأجرة.

مدفوعة بمنع انتهاء سلسلة العلل فى عبادات العامّة الى اللّه تعالى؛ لأن الجنّة مطلوبة لهم بما أنّها جنّة مشتملة على النعم الّتى لا تعدّ و لا تحصـى، لا بما أنّها مخلوقـة للّه تعالى و لها نسـبة اليه، و النار مبغوضـة لهم بـذاتها، فإتيان الصـلاة لأمر اللّه لأجل التوسـعة فى الرّزق لا ينتهى الى اللّه أصلًا، لأن محبوب النفس هى نفس التوسعة من حيث هى، مع قطع النظر عن كونها بيد اللّه تعالى.

و بالجملـة الجنّـة محبوبة و النّار مبغوضة بما إنّهما جنّة و نار، كيف و لو كان المحبوب هى الجنّة بما انّها من نعم اللّه تعالى و لها نسـبة اليه بحيث كان مرجعه الى محبوبيته تعالى لكان اللازم الإتيان بالواجبات و لو لم يترتب على فعلها دخول الجنّـة، أو ترتب دخول النّار، و لا نرى من أنفسنا ذلك أصلًا.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۵۲۲

و الحاصل: أن الـدّاعى إلى العبادة فى أكثر النّاس بل جميعهم الّا القليل منهم، هو نفس الطمع فى الجنّـة بما انّ فيها جميع المشـتهيات، أو الخوف من العقـاب بمـا انّ فى النّار خلافها، و حينئـذ لا يبقى فرق بينهما و بين المقاصـد الدنيويـة أصـلًا، فاللازم هو الالتزام بكفاية توسط الامتثال و إن كان الباعث عليه هو الغرض الدنيوى أو الأخروى، الذى لا يرجع الى اللّه تعالى، و إلا انحصرت العبادة فى ما كان من أمير المؤمنين (ع) و غيره ممّن لا يرون إلّا أهلية المعبود للعبادة.

و دعوى انه مع أخـذ الأـجرة لاـ يتوسـط الامتثـال أيضاً مدفوعـة بالمنع؛ فان المكلف بعـد علمه بأن ملكيـة العوض تتوقف على الإتيان بالعمل الصحيح، و هو يتوقف على قصد الامتثال، فلا محالة يقصده، كما انه إذا علم ان الجنّة موقوفة على ذلك يقصده كذلك.

و أمّا ما عن الشهيد الأوّل (قده) فى قواعده «۱» من قطع الأصحاب ببطلان العبادة إذا أتى بها بداعى الثواب أو دفع العقاب، فالظاهر ان مراده ما إذا كانت الغايـة المـذكورة غايـة لنفس العمل لا للعمل المأتى به بـداعى الأمر، كيف و قد عرفت ان الغاية فى عبادات غالب الناس هى ما ذكر، فالمراد ما ذكرنا، و الوجه فى البطلان عدم ترتب الثواب على ذات العمل، و لا يدفع به العقاب.

فالتحقيق فى الجواب عن منافاة العبوديـة لأخذ الأجرة ما ذكرنا من الوجه الثانى، الذى ملخّصه يرجع الى ثبوت الطوليّة و نفى العرضـية فتدبّر.

و ربما يقال فى بيان المنافاة ايضاً: ان دليل صحة الإجارة هو عموم

---

(۱) القواعد و الفوائد ۱: ۷۷.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۵۲۳

أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، و يسـتحيل شـموله للمقام؛ لان الوفاء بالشـىء هو إتمامه و إنهاؤه، فالوفاء بعقد الإجارة هو الإتيان بالعمل المسـتأجر عليه أداءً لحق المستأجر و من الواضح ان هذا لا يجتمع مع الإتيان به أداءً لحق اللّه و امتثالًا لأمره، فلا يعقل اجتماعهما فى محلّ واحد.

و فيه مضافاً الى عـدم انحصار دليل صـحة الإجارة بالآيـة المـذكورة بل يدل عليها آية التجارة «۱» عَنْ تَرٰاضٍ ايضاً ان الوفاء بالعقـد لا يتوقـف على عنوان خـاص، بـل يكفى فيه إيجـاد متعلّق العقـد فى الخـارج فقـط، بـأىّ نحو اتفق، بـل لاـ يلزم ان يكون الأـجير مباشـراً للإيجـاد؛ فإنه يكفى فى حصول الوفاء الموجب لاسـتحقاق الأجرة حصوله من المتبرع بقصـد التبرع عن الأجير، كما ثبت فى محلّه من كتاب الإجارة، فالمراد من الوفاء هو حصول المتعلق فى الخارج من إلى الأجير و لا يتوقف على عنوان خاص أصلًا.

المقام الثالث- فى منافاة الوجوب التعبدى النيابى لأخذ الأجرة و عدمها،

فنقول:

التحقيق: ان مـا يمكن ان يقع مورداً للبحث فى هـذا المقام بعـد الفراغ عن المقامين المتقـدمين هى صـحة النيابـة عن الغير فى الأعمال العباديّة و لو لم تكن اجرة فى البين؛ لانـه مع فرض الصـحة و المشـروعية لا يبقى مجال للنزاع فى جواز أخـذ الأجرة، بعـد ما ثبت فى المقـام الأـوّل ان الوجوب بمـا هو وجوب لا ينافى جواز أخـذها، و فى المقام الثانى ان العباديـة بما هى كـذلك لا ينافيها، ضـرورة ان النيابة ان كانت توصليّة و فرض وجوبها

---

(۱) سورة النساء الآية: ۲۹.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۵۲۴

لجهـة، فلاـ مانع من الاستيجار عليها، و إن كانت غير توصـلية بل تعبديـة، فهى أيضاً كـذلك، فمـدار البحث فى هـذا المقام هو أصـل صحة النيابة و عدمها، و لا وجه للنزاع فى ان الأجرة فيها فى مقابل أىّ شىء، كما لا يخفى.

إذا عرفت ذلك نقول: النيابـة فى العبادات الواجبـة و المسـتحبّة ممّا دلّ عليه ضـرورة الفقه نصّاً و فتوى، و قـد عقد فى الوسائل «۱» باباً لاسـتحباب التطوع بجميع العبـادات عن الميت، و قـد ورد الأمر الاسـتحبابى بالنيابـة عن الحىّ فى بعض الموارد، و ربما يؤيّـد ذلك ما ورد فى شأن بعض الواجبات الإلهيّـة من انه دين اللّه، أو من التعبير الظاهر فى هـذه الجهـة كقوله تعالى وَ لِلّهِ عَلَى النّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ، و غيره بضـميمة ان الاعتبار فى باب دين الخلق انه كما ان المـديون له السـلطنة على إفراغ ذمّته من الدين، و جعل الكلى المتعلق بعهدته مشـخّصاً فى فرد يـدفعه اليه بعنوان أداء الدين، كذلك هذه السـلطنة ثابتة لغير المديون؛ فان له ان يفرّغ ذمّته بأداء دينه تبرّعاً، و جعلت له هـذه السّـلطنة أيضاً، فيمكن له ان يجعل الكلّى المتعلق بعهـدة المديون مشـخّصاً فى فرد يدفعه بذلك العنوان إلى الدائن، فيقال فى العرف: انه قضى عن فلان دينه، و هكذا فى باب دين الخالق؛ إذ انه لا فرق بينه و بين دين الخلق من هذه الجهة.

و بالجملة لا إشـكال فى مشـروعيّة النيابة فى العبادة فى الجملة فى الشريعة، و هذا يكفى لنا فى هذا المقام و إن لم نقدر على تصويرها بحيث تنطبق على القواعـد، الّـا ان يقال بالاسـتحالة؛ فإنّها توجب صـرف الأدلـة الظاهرة فى المشـروعية عن ظاهرها، و لأجله لا بـد من البحث فى هذه الجهة

---

(۱) الوسائل ۵: ۳۶۵ ب ۱۲ من أبواب القضاء الصلاة.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۵۲۵

فنقول:

ربمـا يقـال بالاسـتحالة؛ نظراً الى ان التقرب اللازم فى العمل العبادى غير قابل للنيابـة، فتقرب النائب يوجب قرب نفسه لا قرب المنوب عنه، فالقرب المعنوى كالقرب الحسّى، فان تقرب شخص من شخص مكاناً يوجب قربه منه، لا قرب غيره، و إن قصده ألف مرّة.

كما انه ربما يقال بها؛ نظراً الى ان النائب لا أمر له بـذات العمل، فلا يمكنه التقرب، و أوامر النيابة توصّـلية، و على فرض تقرب النائب بأمر النّيابة فهو تقرب له بالنسبة إلى أمر نفسه، لا بأمر المنوب عنه المتعلق بالمنوب فيه.

و أجيب عن الوجه الثانى بوجوه:

منهـا: مـا حكى عن بعض الاعلام فى كتاب القضاء من ان النيابـة من الأمور الاعتباريـة العقلائيـة التى لها آثار عنـد العقلاء، فاذا كانت ممضاة شـرعاً كان مقتضاها ترتب تلك الآثار عليها، و إلا فلا معنى لإمضائها، و كما ان الضـمان أمر اعتبارى عقلائى و فائدته صيرورة

الضامن بمنزلة المضمون عنه، و صيرورة ما فى ذمة المضمون عنه ديناً على الضامن، كذلك إذا كان المنوب فيه من العبادات، فان معنى ترتب فائدة النيابة الاعتبارية عليها شرعاً توجه تكليف المنوب عنه إلى النائب؛ إذ لا معنى للمنزلة الّا ثبوت ما كان على المنوب عنه فى حق النائب من الأحكام التكليفية و آثارها.

و أورد عليه بأنه ان أريد توجه تكليف المنوب عنه إلى النائب حقيقة فهو محال؛ لان تشخّص الإضافات و الاعتباريات بتشخص أطرافها،

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۵۲۶

و يستحيل خروجها من حدّ الى حدّ مع بقائها على شخصيتها، و إن أريد انتساب تكليف المنوب عنه بعد التنزيل إلى النائب بالعرض؛ نظراً الى ان ذات النائب نزلت منزلة ذات المنوب عنه، فهو هو بالعناية، فكذا فعله فعله بالعناية، و أمره امره كذلك، ففيه: ان التكليف العرضى لا يجدى فى الانبعاث الحقيقى، و هو مضايف للبعث الحقيقى و قصد الامتثال متفرّع عليه.

و إن أريد انّ مقتضى تنزيل الذات منزلة ذات اخرى شرعاً جعل تكليف مماثل جدّاً لتكليف المنوب عنه، نظير تنزيل المؤدّى منزلة الواقع فى باب الخبر، فالتكليف المماثل و إن كان حقيقيّا فى حدّ نفسه، الّا انه بعناية أنّه الواقع فهو تكليف حقيقى من حيث ذاته، و واقعى من حيث العنوان عناية، فكذا هنا، فتكليف النائب حقيقى من حيث نفسه، و تكليف المنوب عنه عيناً بالعناية، فهو معنى صحيح، و لكنّه يحتاج الى الدليل، و ليس مجرد الإمضاء دالّاً على هذا المعنى، الّا على تقدير عدم إمكان قصد الامتثال الّا بتوجيه تكليف حقيقى إلى النائب، مع انه ممكن.

و منها: ان مباشرة الفاعل قد تكون دخيلة فى الغرض المترتب من الفعل للمولى، فلا يسقط الأمر بفعل الغير و لو كان توصّلياً، و قد لا يكون لها دخل فى الغرض، فيمكن ان يكون مثل هذا الأمر محرّكاً للغير نحو هذا الفعل مراعاة لصديقه و استخلاصاً له عن العقاب و عن بعده عن ساحة المولى، فيصحّ تقرب النائب بأمر المنوب عنه.

و أورد عليه بان الغرض ان كان مترتّباً على فعل كان منهما بما هما هما، فمثله يجب كفاية لا عيناً، و إن كان مترتّباً على فعل المنوب عنه فقط، غاية الأمر انه أعم من المباشرى و التسبيبى، بل أعم ممّا بالذات

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۵۲۷

و ما بالعرض، فمثله يوجب توجه تكليف حقيقى إلى المنوب عنه فيحركه نحو الفعل الأعم، و يستحيل ان يكون المحرّك له محرّكاً لغيره، و لو كان الغرض أعمّ، غاية الأمر سقوط التكليف بسقوط غرضه الحاصل بفعل الغير إذا كان توصّلياً، و حيث ان المفروض هى التعبدية، فلا يسقط الغرض الا مع قصد الامتثال و هو متوقف على محرّكية الأمر.

و منها: ان فعل النائب تارة باستنابة من المنوب عنه، و أخرى بمجرد نيابة الغير من دون استنابة، فان كان بالنحو الأوّل فالمنوب عنه كما يتقرب بامره بفعله المباشرى، كذلك يتقرب بامره بفعله التسبيبى، فلا حاجة الى تقرب النائب حتى يطالب بالأمر المقرّب له، فالتوسعة حينئذ فى الآلة العاملة لا فى الأمر المتعلق بالعمل، و إن كان بالنحو الثانى فرضى المنوب عنه بالفعل المنوب فيه كاف فى تقرّبه، و لا حاجة الى تقرب النائب، و مبنى الشقين معاً على عدم لزوم قصد التقرب من النائب أصلًا، بل يأتى بذات العمل القابل للانتساب الى المنوب عنه و التقرب به شأنه.

و أورد عليه بان الشق الأوّل مبنى على إمكان تعلق التكليف بالأعمّ ممّا هو تحت اختياره و ما هو تحت اختيار الغير كما فى المقام؛ إذ انه يتوسط بين الفعل التسبيبى و بين ما يتسبب إليه إرادة الفاعل المختار، و هو محلّ الكلام، و الشق الثانى يرجع الى الجواب عن الوجه الأوّل من وجهى الإشكال فتدبّر.

و منها: ما افاده المحقق «۱» الأصفهانى (قده) فى كتاب الإجارة ممّا حاصله ان دفع الاشكال موقوف على تقديم أمرين

(۱) كتاب الإجارة للمحقّق الأصفهانى ۱: ۲۰۶.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۵۲۸

الأوّل ان غاية كل فعل هى فائدته القائمة به، و هى بوجودها الخارجى غاية، و بوجودها العلمى علة غائية، و الأمر ليس من فوائد الفعل بوجوده الخارجى، كيف و هو متقدم عليه و لا يعقل بقاؤه بعد وجود الفعل؟ فليس بوجوده العلمى علة غائية حتى يوصف بكونه داعياً و باعثاً.

الثانى ان موافقة المأتى به للمأمور به من عناوين الفعل، و قصد الامتثال مرجعه الى قصد إتيان المماثل للمأمور به من حيث انه كذلك، و قصد موافقة الأمر مرجعه الى قصد ما يوافق المأمور به من حيث انه كذلك، و لا يخفى عليك ان موافقة المأتىّ به تارة بالإضافة إلى ذات المأمور به و أخرى بالإضافة إلى المأمور به بما هو مأمور به، و مرجع الأوّل إلى موافقة الفرد للطبيعى و هو أجنبى عن قصد القربة و لا ينطبق عليه عنوان من العناوين الحسنة.

إذا عرفت ذلك فاعلم ان النائب تارة يأتى بالفعل الموافق لما أمر به المنوب عنه من دون قصد عنوانه، بل يدعوه اليه داع آخر، فالفعل المنسوب الى المنوب عنه غير عبادى، و أخرى يأتى بالفعل بقصد كونه موافقاً لما أمر به المنوب عنه، لا عن المنوب عنه، فالفعل لا يقع عباديّاً لا عن المنوب عنه؛ لعدم إتيانه عنه، و لا عن النائب، لعدم المضايف فيه، إذ لا مأمور به له حتى يقصد كون المأتى به موافقاً للمأمور به، و مجرد كونه موافقا لذات المأمور به لا يجدى فى العبادية، و ثالثة يأتى بالفعل بقصد كونه موافقاً للمأمور به عن المنوب عنه، فهذا العنوان المقصود لمّا كان عن المنوب عنه فمضايفه بالإضافة إليه فعلىّ، و بعد فرض انتسابه الى من كان مضايفه فعليّاً فيه يمكن إتيان الفعل المعنون بهذا العنوان فى ذاته بقصد

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۵۲۹

عنوانه من ایّ شخص كان؛ لأنه لا يتفاوت تعنون الفعل بهذا العنوان بتفاوت الأشخاص، و إن صيرورته عباديّاً بقصده لا بدّ فيها من انتسابه الى من كان مضايف العنوان فعليّاً فيه.

و مرجع ما أفاده إلى انه لا يلزم فى ثبوت وصف العبادية توجّه الأمر إلى الفاعل و إتيانه المأمور به بداعى الأمر المتوجه اليه، بل يكفى فيه كون العمل المأتى به موافقاً للمأمور به، و الإتيان به، كذلك مع إمكان صحّة الانتساب الى من كان مأموراً بذاك الأمر، فإذا فرض قيام الدّليل على صحة النّيابة، و مرجعه إلى إمكان الانتساب الى المنوب عنه، فلا يبقى من جهة العباديّة نقصان و خلل أصلًا، من دون فرق بين ما إذا كان هناك استنابة أم لا، فان ثبوت الأمر و توجهه الى المنوب عنه و صحة الانتساب اليه على ما هو مقتضى أدلّة مشروعية النّيابة و الإتيان بقصد الموافقة للمأمور به بما هو كذلك، يكفى فى وقوعه عبادة؛ لثبوت الأمر من ناحية و صحة الانتساب من ناحية أخرى، و الإتيان بها بهذا العنوان من ناحية ثالثة، و عليه فلا حاجة فى حصول التقرّب المقوم للعبادية لتوجّه الأمر إلى الفاعل أصلًا.

و هذا هو الجواب الصحيح عن الوجه الثانى، و به يظهر الجواب عن الوجه الأوّل؛ فإن مقتضى ما ذكرنا هو حصول القرب للمنوب عنه بسبب إتيان النائب المنوب فيه بقصد كونه موافقاً للمأمور به عن المنوب عنه؛ بداهة انه إذا كانت عباديّته لأجل الإتيان به بذلك القصد عن المنوب عنه، فلازمه هو حصول القرب للمنوب عنه، و لا وجه لتقرّب النائب أصلًا، فالقصد يتحقق من النائب، و القرب يقع للمنوب عنه من دون محذور،

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۵۳۰

و لا وجه للالتزام بعدم لزوم قصد التقرب على النائب، و انّ رضا المنوب عنه بما نسب اليه كاف فى مقربيّة العمل له، كما انه لا وجه للالتجاء إلى إنكار النيابة بالمعنى المعروف و إرجاع النّيابة الى ما يساوق إهداء الثواب.

مضافاً الى ما أورد على الأوّل بعد توجيهه بان غرضه ليس تعلق التكليف بالأعم من الفعل و من الرّضا بما يؤتى به عنه بحيث يكون

الرّضا أحد فردى الواجب التخييرى، و أيضاً ليس غرضه تعلق التكليف بالأعم من الفعل المباشرى و الفعل المرضى به، لاستحالة تعلق التكليف بما ليس من ايجادات المكلف، كما انه ليس المراد ان صدور الفعل مع الرّضا به كاف فى المقرّبية، بل الغرض ان الفعل المنسوب إليه بالنيابة المشروعة، إذا رضى به المنوب عنه بما هو موافق لأمره و بما هو دين اللّه عليه قربىّ منه، بحيث لو صدر منه مباشرة من حيث كونه كذلك لكان مقرّباً له بلا شبهة.

و محصّل الإيراد: انه لا يتم فى النيابة عن الميت، فان المكلف به هو العمل مع قصد الامتثال، فلا بد فى سقوط التكليف من حصول هذا المقيّد فى هذه النشأة فكون العمل فى هذه النشأة، و قيده فى نشأة الآخرة ليس امتثالًا للتكليف الذى لا موقع له الّا فى النشأة الدنيويّة.

و إلى ما أورد على الثانى بأنّه مناف لظاهر النصوص و الفتاوى؛ فان الحجّ الذى يستنيب فيه الحىّ العاجز، لا يراد منه الّا إسقاط التكليف المتوجه إليه بالاستنابة، لا مجرّد تحصيل ثوابه، مضافاً الى ان تقرّب النائب و إيصال الثواب انّما يتصور فيما كان مستحبّاً فى حق النائب كالحج و الزيارة المندوبين، و أمّا القضاء عن الميت وجوباً أو تبرّعاً فلا أمر للنائب إلّا الأمر الوجوبى أو النّدبى بالنيابة لا بالمنوب فيه و أوامر النيابة توصّلية.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۵۳۱

فانقدح من جميع ما ذكرنا ان الجواب الصحيح عن الوجه الأوّل ما ذكر فتدبّر.

بقى الكلام فى الواجبات النظاميّة التى قام الإجماع بل الضرورة على جواز أخذ الأجرة فيها، فان قلنا بعدم استلزام القول بالجواز فى غيرها لشىء من الإيرادات العقلية المتقدمة كما هو الحقّ و قد عرفته فلا يكون الحكم بالجواز فيها مخالفاً لحكم العقل و للقاعدة، و أمّا ان قلنا بالاستلزام فلا بد من ان يكون خروج الواجبات النظامية و الحكم بالجواز فيها مستنداً الى دليل، و فى الحقيقة يرد على المشهور القائلين بالمنع النقض بالواجبات النظامية، و لا بدّ لهم من الجواب، و قد أجيب عن ذلك بوجوه:

منها: خروجها بالإجماع و السيرة القائمين على الجواز فى خصوصها.

و يرد عليه: انه انما يجدى إذا كان المنع لدليل تعبدى؛ فإنه على هذا التقدير يخصص عمومه بالإجماع و السيرة المذكورين، و أمّا إذا كان المنع لأمر عقلى كما عرفت فلا موقع لتخصيصه بما عدا الواجبات النظامية، كما هو الظاهر.

و منها: ما عن جامع «۱» المقاصد من تخصيص الجواز بصورة سبق قيام من به الكفاية بالعمل، و عليه يخرج عن أخذ الأجرة على الواجب تخصّصاً.

و يرد عليه: انه مناف لإطلاق كلام الأصحاب؛ فإن ظاهرهم ثبوت الجواز بالنسبة إلى السابق ايضاً، و بعبارة اخرى: مرجعه الى تسليم الإشكال؛ لأنه مع سبق قيام من به الكفاية يسقط الوجوب و لا يكون أخذ

---

(۱) لم نعثر على ذلک غير هذا ص ۳۵.

القواعد الفقهية (للفاضل)، ص: ۵۳۲

الأجرة حينئذ فى مقابل الواجب كما عرفت.

و منها: ما نسب الى صاحب الرياض «۱» (قده) من اختصاص المنع بالواجبات الذاتيّة النفسيّة، كدفن الميت و تعليم الاحكام، لا الواجبات المقدميّة كالصناعات التى هى مقدمة لحفظ النظام الواجب.

و أورد عليه بان المنع ليس لدليل لبّى يؤخذ فيه بالمتيقن، و لا لفظى ليدّعى انصرافه عن الواجب الغيرى، بل المانع أمر عقلى ينافى طبيعة الوجوب نفسيّاً كان أم غيريّاً.

و يمكن الجواب عنه بان القدر المسلّم من حفظ النظام الواجب هو حفظه بنحو لا يوجب الهرج و المرج، و الأجرة لا تقع فى مقابل ما

تعلّق به التکلیف، بل هی واقعهٔ فی مقابل المقدمات؛ ضرورهٔ انّها تقع فی مقابل الطبابهٔ و الخیاطهٔ و نحوهما، و هذه الأمور مقدمهٔ لتحقق الواجب، و قد حقق فی محلّه انه لا- یسری الوجوب من ذی المقدمهٔ إلیها، فلا یستلزم القول بالجواز فیها شیئاً من الإیرادات العقلیهٔ المتقدّمهٔ، و لکن مقتضاه التصرف فی کلام الریاض؛ لان لازمه جواز أخذ الأجرهٔ مع حفظ الوجوب الغیری و ثبوته کما لا یخفی.

و منه یظهر بطلان ما عن بعض الاعلام فی مقام الجواب عن صاحب الریاض، من ان تلک الصناعات مع انحفاظ النظام متحدان فی الوجود کالإلقاء و الإحراق، و الضرب و التأدیب، و المقدمهٔ المتحدهٔ الوجود مع ذیها لا تجب بوجوب مقدمی؛ لاستحالهٔ التوصل بشیء إلی نفسه.

وجه البطلان ان الفعل التولیدی یستحیل ان یکون متّحد الوجود مع

---

(۱) ریاض المسائل ۱: ۵۰۵.

القواعد الفقهیهٔ (للفاضل)، ص: ۵۳۳

المتولّد منه، و من الواضح مغایرهٔ الخیاطهٔ و انحفاظ النظام، و کذا غیرها، فهذا الوجه خال عن الاشکال، و إن کان لا یلائم التعبیر عن مثل الخیاطهٔ بالواجب النظامی؛ فان الواجب هو ذو المقدمهٔ، و الخیاطهٔ لا تکون واجبهٔ أصلًا، و فی الحقیقهٔ یخرج ذلک عن محلّ البحث، و هو أخذ الأجرهٔ علی الواجب کما هو ظاهر.

و منها: غیر ذلک من الوجوه المذکورهٔ التی تظهر مع ما یمکن ان یجری فیها من المناقشهٔ للمتتبع المتأمل.

هذا تمام الکلام فی بحث قاعدهٔ أخذ الأجرهٔ علی الواجب.

لنکرانی، محمد فاضل موحدی، القواعد الفقهیهٔ (للفاضل)، در یک جلد، ه ق

تعریف مرکز القائمیهٔ باصفهان للتحریات الکمبیوتریهٔ

جاهِدُوا بِأَمْوالِکُمْ وَ أَنْفُسِکُمْ فی سَبیلِ اللَّهِ ذلِکُمْ خَیْرٌ لَکُمْ إِنْ کُنْتُمْ تَعْلَمُونَ (التوبهٔ/۴۱).

قالَ الإمامُ علیّ بْنُ موسَی الرِّضا – علَیهِ السَّلام: رَحِمَ اللّهُ عَبْداً أحْیَا أمْرَنَا... َیَتَعَلَّمُ عُلُومَنَا وَ یُعَلِّمُهَا النَّاسَ؛ فَإِنَّ النَّاسَ لَوْ عَلِمُوا مَحَاسِنَ کَلَامِنَا لَاتَّبَعُونَا... (بَنادِرُ البِحار – فی تلخیص بحار الأنوار، للعلّامهٔ فیض الاسلام، ص ۱۵۹؛ عُیونُ أخبارِ الرِّضا(ع)، الشَّیخ الصَّدوق، الباب۲۸، ج۱/ ص۳۰۷).

مؤسّس مُجتمَع " القائمیّهٔ "الثّقافیّ بأصبَهانَ – إیرانَ: الشهید آیهٔ الله " الشمس آباذی – "رَحِمَهُ اللهُ – کان أحداً من جَهابذهٔ هذه المدینهٔ، الذی قدِ اشتهَرَ بشَغفِهِ بأهل بَیت النبیّ (صلواتُ اللهِ علَیهِم) و لاسیَّما بحضرهٔ الإمام علیّ بن موسَی الرِّضا (علیه السّلام) و بساحهٔ صاحِب الزّمان (عَجَّلَ اللهُ تعالی فرجَهُ الشَّریفَ)؛ و لهذا أسّس مع نظره و درایته، فی سَنَهِٔ ۱۳۴۰ الهجریّهٔ الشمسیّهٔ (=۱۳۸۰ الهجریّهٔ القمریّهٔ)، مؤسَّسهً و طریقهً لَم یَنطَفِئ مِصباحُها، بل تُتَّبَع بأقوَی و أحسَنِ مَوقِفٍ کلَّ یوم.

مرکز " القائمیّهٔ "للتحرِّی الحاسوبیّ – بأصبَهانَ، إیرانَ – قد ابتدَأَ أنشِطتَهُ من سَنَهِٔ ۱۳۸۵ الهجریّهٔ الشمسیّهٔ (=۱۴۲۷ الهجریّهٔ القمریّهٔ) تحتَ عنایهٔ سماحهٔ آیهٔ الله الحاجّ السیّد حسن الإمامیّ – دامَ عِزّهُ – و مع مساعَدَهِٔ جمعٍ من خِرّیجی الحوزات العلمیّهٔ و طلاب الجوامع، باللیل و النهار، فی مجالاتٍ شتّی: دینیّهٔ، ثقافیّهٔ و علمیّهٔ...

الأهداف: الدّفاع عن ساحهٔ الشیعهٔ و تبسیط ثَقافهٔ الثَّقَلَین (کتاب الله و اهل البیت علیهِمُ السَّلامُ) و معارفهما، تعزیز دوافع الشّباب و

عموم الناس إلی التّحَرّی الأدَقّ للمسائل الدّینیّة، تخلیف المطالب النّافعة – مکانَ البَلاتیثِ المبتذلة أو الرّدیئة – فی المحامیل (=الهواتف المنقولة) و الحواسیب (=الأجهزة الکمبیوتریّة)، تمهید أرضیّةٍ واسعةٍ جامعةٍ ثَقافیّةٍ علی أساس معارف القرآن و أهل البیت –علیهم السّلام – بباعث نشر المعارف، خدمات للمحققین و الطّلّاب، توسعة ثقافة القراءة و إغناء أوقات فراغة هُواةِ برامِجِ العلوم الإسلامیّة، إنالة المنابع اللازمة لتسهیل رفع الإبهام و الشّبُهات المنتشرة فی الجامعة، و...

- مِنها العَدالة الاجتماعیّة: التی یُمکِن نشرها و بثّها بالأجهزة الحدیثة متصاعدةً، علی أنّه یُمکِن تسریعُ إبراز المَرافِق و التسهیلاتِ – فی آکناف البلد - و نشرِ الثّقافةِ الاسلامیّة و الإیرانیّة – فی أنحاء العالَم - مِن جهةٍ اُخرَی.

- من الأنشطة الواسعة للمرکز:

الف) طبع و نشر عشراتِ عنوانِ کتبٍ، کتیبة، نشرة شهریّة، مع إقامة مسابقات القِراءة

ب) إنتاجُ مئات أجهزةٍ تحقیقیّة و مکتبیة، قابلة للتشغیل فی الحاسوب و المحمول

ج) إنتاج المَعارض ثّلاثیّةِ الأبعاد، المنظر الشامل (= بانوراما)، الرّسوم المتحرّکة و... الأماکن الدینیّة، السیاحیّة و...

د) إبداع الموقع الانترنتی "القائمیّة "www.Ghaemiyeh.com و عدّة مَواقِعَ اُخَرَ

ه) إنتاج المُنتَجات العرضیّة، الخَطابات و... للعرض فی القنوات القمریّة

و) الإطلاق و الدَّعم العلمیّ لنظام إجابة الأسئلة الشرعیّة، الاخلاقیّة و الاعتقادیّة (الهاتف: ۰۰۹۸۳۱۱۲۳۵۰۵۲۴)

ز) ترسیم النظام التلقائیّ و الیدویّ للبلوتوث، ویب کشک، و الرّسائل القصیرة SMS

ح) التعاون الفخریّ مع عشراتِ مراکزَ طبیعیّة و اعتباریّة، منها بیوت الآیات العِظام، الحوزات العلمیّة، الجوامع، الأماکن الدینیّة کمسجد جَمکرانَ و...

ط) إقامة المؤتمَرات، و تنفیذ مشروع "ما قبلَ المدرسة "الخاصّ بالأطفال و الأحداث المُشارِکین فی الجلسة

ی) إقامة دورات تعلیمیّة عمومیّة و دورات تربیة المربّی (حضوراً و افتراضاً) طیلة السَّنَة

المکتب الرّئیسیّ: إیران/أصبهان/ شارع"مسجد سیّد/ "ما بینَ شارع"پنج رَمَضان "ومُفترَق"وفائی/"بنایة"القائمیّة"

تاریخ التأسیس: ۱۳۸۵ الهجریّة الشمسیّة (=۱۴۲۷ الهجریة القمریّة)

رقم التسجیل: ۲۳۷۳

الهویّة الوطنیّة: ۱۰۸۶۰۱۵۲۰۲۶

الموقع: www.ghaemiyeh.com

البرید الالکترونی: Info@ghaemiyeh.com

المَتجَر الانترنتی: www.eslamshop.com

الهاتف: ۲۵-۲۳۵۷۰۲۳- (۰۰۹۸۳۱۱)

الفاکس: ۲۳۵۷۰۲۲ (۰۳۱۱)

مکتب طهرانَ ۸۸۳۱۸۷۲۲ (۰۲۱)

التّجاریّة و المَبیعات ۰۹۱۳۲۰۰۰۱۰۹

امور المستخدمین ۲۳۳۳۰۴۵(۰۳۱۱)

ملاحَظة هامّة:

المیزانیّة الحالیّة لهذا المرکز، شَعبیّة، تبرّعیّة، غیر حکومیّة، و غیر ربحیّة، اقتُنِیَت باهتمام جمع من الخیّرین؛ لکنّها لا تُوافِی الحجمَ المتزاید و المتّسِعَ للامور الدّینیّة و العلمیّة الحالیّة و مشاریع التوسعة الثّقافیّة؛ لهذا فقد ترجَّی هذا المرکزُ صاحِبَ هذا البیتِ (المُسمَّی

بالقائمیّـة) و مع ذلک، یرجو مِن جانب سـماحة بقیّة الله الأعظم (عَجَّلَ اللهُ تعالی فرَجَهُ الشَّریفَ) أن یُوفِّقَ الکلَّ توفیقاً متزائداً لِإعانتهم – فی حدّ التّمکّن لکلّ احدٍ منهم – إیّانا فی هذا الأمر العظیم؛ إن شاءَ اللهُ تعالی؛ و اللهُ ولیّ التوفیق.



www
للحصول على المكتبات الخاصه الاخرى
ارجعوا الى عنوان المـركز من فضلـكم
www.Ghaemiyeh.com
www.Ghaemiyeh.net
www.Ghaemiyeh.org
www.Ghaemiyeh.ir
و للايصاء من فضلكم
۰۹۱۳ ۲۰۰۰ ۱۰۹